

DIE FAKTISCHE GESELLSCHAFT
IN DER FRANZÖSISCHEN RECHTSPRECHUNG
- Eine rechtsvergleichende Darstellung -

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
Zur Erlangung der Doktorwürde der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i.Br.

vorgelegt von
Wolfgang Russ
aus Mengen /Donau

1957

Dekan: Professor Dr. H. Thieme

Referent: Professor Dr. E. v. Caemmerer



Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher, Kommentare und Monographien

- | | |
|--------------------|---|
| Baumbach-Duden | Kurzkomentar zum HGB, 11. Aufl., 1955 |
| Beitzke | Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen 1948, in Heft 9 der Reihe "Recht und Zeit", Beihefte der MDR |
| Colin-Capitant | Cours élémentaire de droit civil français, I, 9. Aufl. 1939, Paris |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch 1954, 14. Aufl. |
| Erman | Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, 1947 |
| Escarra | Cours de droit commercial, Paris 1952 |
| Escarra-Rault | Les sociétés commerciales I, Paris 1950 |
| Gain-Delaissi | Guide formulaire des sociétés commerciales, Paris 1947 |
| Geßler-Hefermehl | Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 1950 |
| Gierke, J. v. | Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Lehrbuch, 7. Aufl. 1955 |
| Hamel-Lagarde | Traité de droit commercial, Paris 1954 |
| Haupt | Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941 (Festschrift für Siber) |
| Haupt-Reinhardt | Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1952 |
| Hémaré | Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait, 2. Aufl. 1926, Paris |
| Hueck | Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl. 1951 |
| Lobedanz | Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte, 1938 (Diss. Rostock) |
| RGRKomm. z. HGB | 2. Aufl. 1950 |
| Ripert | Traité élémentaire de droit commercial, 3. Aufl. 1954, Paris |
| Ruland | Das Innenverhältnis der nichtigen offenen Handelsgesellschaft, 1941 (Diss. München) |
| Staudinger | Kommentar zum BGB, Bd. II, Teil 4, 10. Aufl. |

II. Aufsätze

- Betti "Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse" in der Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956
- Fischer "Die faktische Gesellschaft", in NJW 55,849
- Kuhn "Das Problem der Gründungs- und Beitrittsmängel bei Personalgesellschaften" in JR 51,513
- Schumann "Faktische Personalgesellschaft und Feststellungsklage" in DR 1943,265
- Siebert "BGB-System und völkische Ordnung" in Deutsche Rechtswissenschaft, 1.Bd.1936
- "Die faktische Gesellschaft" in der Festschrift für Hedemann, 1938
- "Zur atypischen stillen Gesellschaft in NJW 53,806

III. Entscheidungssammlungen und Zeitschriften

- Betriebsberater (zit.BB)
- Deutsche Notar-Zeitschrift (zit.DNotZ)
- Deutsches Recht (zit.DR)
- Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (zit. BGHZ)
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit.RGZ)
- Gazette du Palais (zit.Gaz.Pal.)
- Journal des Sociétés (zit. J.S.)
- Journal des Tribunaux de Commerce (zit.Journ.Trib.comm.)
- Jurisclasser périodique et Semaine juridique (zit.J.C.P.)
- Juristenzeitung (zit.JZ)
- Juristische Rundschau (zit.JR)
- Lindenmaier-Möhring Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (zit.LM)
- Monatsschrift für deutsches Recht (zit.MDR)
- Neue Juristische Wochenschrift (zit.NJW)
- Recueil hebdomadaire Dalloz (zit. D.H.)
- Recueil périodique et critique Dalloz (zit.D.)
- Recueil Sirey (zit.S.)
- Revue des sociétés (zit. R.S.)
- Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zit.ZAkdr)

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung: Problemstellung	1
Erster Hauptteil:	
Die fehlerhafte Gesellschaft in der französischen Rechtsprechung	4
1. Kapitel: Nichtigkeitsarten im französischen Recht	4
2. Kapitel: Die Nichtigkeitsgründe bei Gesellschaften	7
§ 1 Nichtigkeitsgründe, die auf der Verletzung allgemeiner Gültigkeitsbedingungen von Verträgen beruhen	7
1. Willensmangel (vices du consentement)	8
2. Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit (incapacité)	9
3. Verbotene oder unsittliche Verträge (caractère illicite ou immoral de l'objet social)	10
4. Nichtigkeit der von einem Gesellschafter übernommenen Verpflichtung (nullité tenant à l'objet de l'obligation assumée par un associé)	11
§ 2 Nichtigkeitsgründe, die auf der Verletzung von Gültigkeitsbedingungen von Gesellschaftsverträgen beruhen	13
1. Nichtbeachtung bzw. Verletzung der allen Gesellschaftsarten gemeinsamen Form- und Veröffentlichungsvorschriften (écrit et publication)	13
2. Tatsächliche Fortsetzung einer Gesellschaft nach ihrer Auflösung ohne neue Veröffentlichung	16
3. Errichtung eines gemeinsamen Vermögens durch Einbringen von Einlagen eines jeden Gesellschafters	17
4. Gewinn- und Verlustbeteiligung aller Gesellschafter	18
5. Fehlen der affectio societatis	19
3. Kapitel: Die société de fait in der französischen Rechtsprechung	21
§ 1 Allgemeine Wirkung der Lehre von der société de fait auf das Gesellschaftsverhältnis	23

§ 2	Anwendungsbereich des Begriffs der société de fait	26
1.	Fehlen eines Hauptmerkmals des art. 1832 C.c.	26
2.	Gesellschaften, die gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstoßen (caractère illicite ou immoral de l'objet social)	27
3.	Verstoß gegen gesetzliche Formvorschriften	31
4.	Nichtigkeit der von einem Gesellschafter übernommenen Verpflichtung	33
5.	Willensmängel und Geschäftsunfähigkeit bei einem Gesellschafter	34
6.	Gesellschaften zwischen Ehegatten	35
§ 3	Folgen, die sich aus dem Begriff der société de fait ergeben	37
1.	Beziehungen der Gesellschafter untereinander	38
2.	Das Verhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten	48
3.	Beziehungen der Gesellschaftsgläubiger untereinander	52
4.	Beziehungen zwischen den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter und der faktischen Gesellschaft	53
5.	Beziehungen zwischen Gesellschaftsgläubigern und persönlichen Gläubigern der Gesellschafter	55
§ 4	Die société créée de fait	57
1.	Voraussetzungen und Anwendungsbereich der société créée de fait	57
2.	Folgen, die sich aus dem Begriff der société créée de fait ergeben	62

Zweiter Hauptteil:

Die faktische Gesellschaft des deutschen Rechts im Vergleich zur société de fait der französischen Rechtsprechung	64
---	----

1. Kapitel: Gründe, die die Anerkennung der faktischen Gesellschaft und der société de fait rechtfertigen	64
2. Kapitel: Voraussetzungen für die Anerkennung von faktischer Gesellschaft und société de fait	66
§ 1 Invollzugsetzung der Gesellschaft	66
§ 2 Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages	67
§ 3 Die Hauptmerkmale von art. 1832 C.c. für die société de fait	72

	Seite
3. Kapitel: Behandlung der einzelnen Fälle	73
§ 1 Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten und Scheingesellschaft	73
§ 2 Beteiligung eines Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen an einer Gesellschaft	76
§ 3 Irrtum oder arglistige Täuschung eines Gesellschafters	77
§ 4 Verstoß gegen eine Formvorschrift	79
4. Kapitel: Folgen, die sich aus der Anerkennung von faktischer Gesellschaft und société de fait ergeben	80
§ 1 Weg zur Auflösung von faktischer Gesell- schaft und société de fait	80
§ 2 Liquidation von faktischer Gesellschaft und société de fait	80
§ 3 Weitere Konsequenzen	82

Einleitung:

Problemstellung

Der Ausdruck "faktische Gesellschaft" wird heute in der deutschen Rechtslehre im Anschluß an Siebert und Haupt¹⁾ für ein Gesellschaftsverhältnis gebraucht, das nicht in rechtlich einwandfreier Form zustande gekommen ist, dessen Vertrag vielmehr auf Mängeln bei der Gründung beruht, oder dessen Vertrag im Laufe der Zeit fehlerhaft geworden ist; aus diesem Grunde verwendet man dafür auch vielfach den wohl besseren Ausdruck "mangelhafte oder fehlerhafte Gesellschaft". Der Mangel im Gesellschaftsvertrag kann dabei schon von Anfang an bestehen, sei es, daß die zu gründende Gesellschaft gegen ein Gesetz (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder gegen eine Formvorschrift (§§ 313, 125 ff. BGB) verstößt oder aber daß einer der Gründer von den anderen getäuscht wird (§ 123 BGB) oder er sich bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages in einem Irrtum befindet (§ 119 BGB). Auch Geschäftsunfähigkeit bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit eines Gesellschafters und Dissens können ursprüngliche Mängel des Gesellschaftsvertrages sein. Der Mangel kann jedoch auch später entstanden sein, indem ein neuer Gesellschafter in die rechtlich einwandfreie Gesellschaft eintritt und dabei ein Fehler unterläuft oder der Gesellschaftszweck geändert wird und der neue Gesellschaftszweck nunmehr gegen das Gesetz verstößt.

Diese noch beliebig fortzuführenden krankhaften Fälle wurden früher in Deutschland in konsequenter Durchführung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsvorschriften des BGB behandelt²⁾. Bis RGZ 164/115 (121) blieb das Reichsgericht dabei, daß "Mängel des Gesellschaftsvertrages

1) Siebert, "BGB-System und völkische Ordnung" in Deutsche Rechtswissenschaft (1936) S. 243; ders. "Die faktische Gesellschaft" in der Festschrift für Hedemann (1938) S. 266 ff.; Haupt, "Über faktische Vertragsverhältnisse" (1941) in Festschrift für Siber

2) RGZ 51/33 (39)

einer bereits im Rechtsverkehr hervorgetretenen Personalgesellschaft nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts geltend gemacht werden können". Erst in der grundlegenden Entscheidung in RGZ 165/193 ff. bekannte sich das Reichsgericht zu der Auffassung, daß Mängel des Gesellschaftsvertrages einer bereits ins Leben getretenen offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft grundsätzlich nicht nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zu beurteilen seien, sondern nur in der Rechtsform der Auflösung Beachtung finden könnten. Für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (§ 705 BGB) wurde dies in DR 1943/801 entschieden. Das gesamte Schrifttum¹⁾, sowie der Bundesgerichtshof²⁾ sind dem Reichsgericht gefolgt in der Erkenntnis, daß die Rechtsordnung im allgemeinen einfach nicht an der Tatsache vorbeigehen kann, daß die Gesellschafter möglicherweise jahrelang in einem umfangreichen Geschäftsbetrieb tätig gewesen sind, durch eigene Arbeit für gemeinsame Rechnung Werte geschaffen und erworben haben und damit gemeinsame Leistungen vollbracht haben, die auch für das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern nicht von Rechts wegen als nicht existent betrachtet werden können.³⁾

Zwischen Rechtsprechung und Theorie, sowie innerhalb der Rechtslehre, bestehen jedoch noch zahlreiche Meinungsverschiedenheiten über die Lösung der Konsequenzen dieses ganzen Gebietes, z.B. ob alle Fehler nur zu einer Auflösung der Gesellschaft führen, also nur noch eine Wirkung ex nunc haben können, oder ob es Fälle gibt, die eine rückwirkende Nichtigkeit der Gesellschaft zur Folge haben; ferner ob die bei einer Gesellschaftsauflösung in Betracht kommende Liquidation auch bei der faktischen Gesellschaft sich nach dem Gesellschaftsvertrag richtet oder ob die gesetzlichen Regeln anzuwenden sind oder ob auch hier nach dem einzelnen Fall differenziert

1) Vgl. statt aller Hueck OHG S.45 ff.

2) zum erstenmal: BGHZ 3/285 = NJW 52/97

3) So die Begründung in BGHZ 8/157 (167) = NJW 53/818 (820)

werden muß. Es ist nicht die Aufgabe dieser Arbeit, diese Probleme in rechtsdogmatischer Hinsicht genauer zu durchleuchten, indem neue Mängel erfaßt oder neue Lösungsvorschläge unterbreitet werden, vielmehr soll dargestellt werden, wie dieses gleiche Problem in Frankreich und zwar ausschließlich in der französischen Rechtsprechung angefaßt und eventuell gelöst worden ist, um daraus Fingerzeige zur Lösung von Problemen zu gewinnen, die bei uns noch ungelöst bestehen. Dieser Vergleich zwischen dem französischen Recht und dem deutschen ist um so berechtigter, als nach Escarra-Rault¹⁾ bei der Cour de Paris schon in einem Urteil vom 8. April 1825 zum erstenmal der Ausdruck "Société de fait" in Beziehung auf eine Gesellschaft gebraucht wird, die nicht schriftlich errichtet und nicht veröffentlicht wurde, sowie als auch die Cour de Cassation seit einem Urteil vom 31. Dezember 1844²⁾ diesen Ausdruck in ihren Gründen gebrauchte, wobei sie die Rechte der Gesellschafter einer nichtigen Gesellschaft nicht nach den gesetzlichen Vorschriften, sondern nach den Übereinkünften des nichtigen Gesellschaftsvertrages geregelt wissen will, wohingegen sich die deutsche Rechtslehre erst seit 1936³⁾ und die Rechtsprechung erst seit 1940⁴⁾ mit diesem Fragenkreis genau auseinandersetzte.

1) Les sociétés commerciales I n° 175

2) Cass.-Civ. 31 déc. 1844 (S. 1845.1.10 = D. 1845.1.75)

3) Siebert, "BGB-System und völkische Ordnung" in Deutsche Rechtswissenschaft (1936) S. 242

4) RGZ 165/193 ff.

Erster Hauptteil:

Die fehlerhafte Gesellschaft in der französischen Rechtsprechung

1. Kapitel: Nichtigkeitsarten im französischen Recht =====

Zunächst sollen kurz die verschiedenen Nichtigkeitsarten des französischen Rechts dargestellt werden. Das französische Recht unterscheidet drei Arten von Nichtigkeit, die in ihren Wirkungen zum Teil verschieden sind, sich aber auch vielfach überschneiden. Die schärfste Form der Nichtigkeit ist die "inexistence". Dies ist bei einem Gesellschaftsvertrag dann der Fall, wenn die Parteien nicht über alle wesentlichen Merkmale des Gesellschaftsvertrages einig sind oder anders ausgedrückt: einigen sich die Parteien über eines der drei Hauptmerkmale von art. 1832 C.c.¹⁾ nicht, so ist die Gesellschaft inexistent, und dies bedeutet vollständige Nichtigkeit.

Die zweite Nichtigkeitsform ist die "nullité absolue", das heißt der Vertrag ist nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit als nichtig, als ohne rechtliche Wirkung anzusehen; er ist nul de droit oder besser nul d'une nullité absolue, was jedoch nicht ausschließt, daß bei einer Gesellschaft das in der Zwischenzeit entstandene tatsächliche Verhältnis nicht zu beachten wäre (s.u. 3. Kapitel). Hierher gehören hauptsächlich die Fälle, in denen der Gesellschaftszweck verboten ist oder der Gesellschaftsvertrag sonst gegen den ordre public oder gegen die bonnes moeurs verstößt. Die Rechtsprechung macht zwischen diesen beiden Nichtigkeitsarten keinen Unterschied, da die praktischen Wirkungen zwischen ihnen nahezu gleich sind. Der Unterschied ist nur theoretischer

1) Art. 1832 C.c.: "La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter."

Art. Der *inexistence* oder *nullité absolue* entspricht im deutschen Recht die Nichtigkeit eines Vertrages. Die Klage auf Feststellung der *inexistence* bzw. *nullité absolue* kann in Frankreich von jedem erhoben werden, der daran ein Interesse hat.

Die schwächste Nichtigkeitsform ist die *nullité relative* oder *annulabilité*, die der Anfechtung im deutschen Recht gleichsteht. Sie unterscheidet sich von der *nullité absolue* dadurch, daß sie dem Schutz privater Interessen dient, wenn eine Person in einem rechtserheblichen Irrtum befangen oder das Opfer irgendwelcher betrügerischer Handlungen oder Gewaltmaßnahmen ihres Gegners geworden war. Die Geltendmachung der *nullité relative* durch gerichtliche Klage steht ganz im Belieben der betroffenen Partei. Sie kann den Vertrag bestätigen oder seine annulation geltend machen. Im Gesellschaftsrecht hat die Geltendmachung der *nullité relative* für die Vergangenheit keine rechtliche Wirkung, sondern nur für die Zukunft, so daß sie hier tatsächlich einer dissolution, also einer Gesellschaftsauflösung gleichkommt (darüber ebenfalls s.Kap.3).

Von den aufgeführten Nichtigkeitsarten zu unterscheiden ist die unserem § 15 HGB vergleichbare "*inopposabilité aux tiers*". Dies bedeutet einfach, daß gewisse vertragliche Vereinbarungen Dritten nicht entgegengehalten werden können, z.B. weil sie nicht veröffentlicht wurden. Wenn dies nicht solche Punkte waren, deren Veröffentlichung gesetzlich vorgeschrieben ist, hat dies auf den Bestand des Vertrages keinerlei Einfluß. Er bleibt voll gültig, selbst mit diesen fraglichen Vereinbarungen, jedoch mit der Einschränkung, daß diese Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden können¹⁾.

1) So z.B. ein Urteil der Cass.Req. 16 mai 1927 (J.S. 1929 p. 161)

Zu erwähnen ist noch die "simulation", das Scheingeschäft des deutschen Rechts. Es ist insofern nichtig, als nur das wirklich Gewollte gilt. Danach muß sich auch die Scheingesellschaft behandeln lassen. Zeigt sich dabei, daß das wirklich gewollte Geschäft gegen das Gesetz verstößt oder einen sonstigen Mangel aufweist, so finden die normalen Regeln Anwendung, also entweder die nullité absolue oder die nullité relative. Die Cour de Cassation¹⁾ hat so einmal eine Gesellschaftsgründung für nichtig erklärt, da sie einer der Hauptbedingungen von art. 1832 C.c., nämlich dem Einbringen einer Gesellschaftseinlage insofern nicht, bzw. nur zum Schein genügte, als die Subskriptionen von einem oder mehreren Gesellschaftern nur zum Schein vorgenommen worden waren, diese Gesellschafter also effektiv keine Einlagen erbracht hatten, um dadurch den Erben eines der Gesellschaftler Vermögenswerte zu entziehen und sie dessen Konkubine zuzuführen. Der Kassationshof erklärte, die Nichtigkeit liege im öffentlichen Interesse und könne von allen Beteiligten, selbst von den Gründern der Gesellschaft und somit auch deren Erben geltend gemacht werden. Ein weiterer Fall wurde vom Kassationshof entschieden, in dem ein Schuldner eine Gesellschaft gründete, in die er sein ganzes bewegliches und unbewegliches Vermögen einbrachte, um seine Grundstücke der Beschlagnahme durch seine Gläubiger zu entziehen. Da diese Gesellschaftsgründung nur zum Schein vorgenommen wurde, um eben diesen Zweck zu erreichen, hat der Kassationshof sie für unbeachtlich erklärt²⁾. In neuerer Zeit wurden die unter der Erscheinung eines Gesellschaftsvertrages verborgenen Dienstverträge, die es einem Ausländer gestatteten, in Frankreich eine bezahlte Beschäftigung auszuüben, die gegen die gesetzlichen Vorschriften über die Arbeit von Ausländern in Frankreich verstößt, für nichtig erklärt³⁾.

1) Cass.Civ. 11 avril 1927 (S.1927.1.262 = D.1929.1.25)

2) Cass.Req. 14 avril 1930 (J.S.1931 p. 408)

3) So z.B. Cass.Civ. 13 févr.1946 (S.1946.1.124)

2. Kapitel: Die Nichtigkeitsgründe bei Gesellschaften =====

Nach der Voranstellung der Nichtigkeitsarten im französischen Recht soll nunmehr noch auf die einzelnen Gründe, die zur Nichtigkeit von Gesellschaften führen, eingegangen werden. In Betracht kommen hier einmal die Gründe, die auf der Verletzung allgemeiner Gültigkeitsbedingungen von Verträgen beruhen, z.B. *consentement*, *capacité*, *objet*, *cause*. Weiter sind die Nichtigkeitsgründe zu beachten, die auf der Verletzung von Gültigkeitsbedingungen speziell von Gesellschaftsverträgen beruhen, also Gründe, die sich auf die Gesellschaftseinlage beziehen oder die die Gewinn- und Verlustverteilung oder die *affectio societatis* betreffen. Dazu gehören auch die Nichtigkeitsgründe, die auf der Verletzung von Formvorschriften beruhen, die allen Gesellschaftsarten gemeinsam sind, nämlich Schriftform und Veröffentlichung (*écrits et publications*). Endlich gibt es noch Nichtigkeitsgründe, die auf der Nichtbeachtung der Errichtungsvorschriften beruhen, die jedem Gesellschaftstyp besonders zugehörig sind. Diese Nichtigkeitsgründe finden sich jedoch praktisch nur bei Kapitalgesellschaften, so daß sie in der vorliegenden Arbeit keiner Berücksichtigung bedürfen.

§ 1 Nichtigkeitsgründe, die auf der Verletzung allgemeiner Gültigkeitsbedingungen von Verträgen beruhen

Unter diesen Abschnitt fallen alle die Mängel, die auch bei anderen Vertragsarten vorliegen können, nicht nur bei Gesellschaftsverträgen, z.B. Willensmängel (*vices du consentement*), Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit (*incapacité*) eines der Vertragschließenden, Verstoß des Vertrages gegen das Gesetz oder die guten Sitten (*caractère illicite ou*

immorale de l'objet social) oder Nichtigkeit der Verpflichtung eines der Vertragsschließenden (z.B. anfängliche Unmöglichkeit der zu erbringenden Leistung). Welche Folge diese einzelnen Gründe auf den Gesellschaftsvertrag haben, kann nicht summarisch angegeben werden, sondern soll an Hand ergangener Urteile kurz festgestellt werden.

1. Willensmängel (vices du consentement)

Wenn die Verpflichtungserklärung eines Gesellschafters an einem Mangel leidet, so hat dies auf den Gesellschaftsvertrag nur Einfluß, wenn sich der betreffende Gesellschafter darauf beruft, wenn er seine fehlerhafte Willenserklärung geltend macht, also den Vertrag anfecht. Der ganze Gesellschaftsvertrag unterliegt folglich der nullité relative. So hat der Kassationshof in einem Urteil vom 6. Mai 1878 ¹⁾ entschieden, daß derjenige die Nichtigkeit des Vertrages geltend machen könne, der einen Versicherungsvertrag abgeschlossen habe im Glauben, mit einer Versicherungsgesellschaft à primes fixes zu verhandeln, während er einer société des assurances mutuelles beigetreten ist, da dieser Irrtum die Substanz der Sache betreffe. Der Gerichtshof fügt weiter hinzu, daß dies um so mehr gilt, wenn die vertragliche Einigung nur durch betrügerische Manöver herbeigeführt worden ist. Auch in anderen Urteilen ²⁾ geht der Kassationshof stets davon aus, daß Gesellschaftsgründungen oder -beitritte, die auf betrügerischen Handlungen beruhen, vernichtet werden können - sofern sich Dritte nicht darauf berufen können und die Grundsätze der société du fait zur Anwendung kommen ³⁾.

1) Cass. Req. 6 mai 1878 (S. 1880.1.125 = D. 1880.1.12)

2) Cass. Civ. 25 févr. 1885 (J.S. 1891 p. 548 = D. 1885.1.405); Cass. Req. 10 févr. 1868 (S. 1868.1.149 = D. 1868.1.379); Paris 9 mai 1877 et 26 avril 1877 (S. 1880.2.331)

3) Vgl. unten 3. Kap. § 3

2. Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit (incapacité)

Ein weiterer Mangel, der bei Gesellschaftsverträge wie bei Verträgen sonstiger Art vorliegen kann, ist die Unfähigkeit eines Gesellschafters zum Abschluß des Vertrages, also die Geschäftsunfähigkeit bzw. die Handlungsweise eines beschränkt Geschäftsfähigen, die nicht genehmigt wird. Der Vertrag eines Geschäftsunfähigen ist - wie im deutschen Recht - absolut nichtig. Zwar entschied die Cour royale de Lyon¹⁾ im Jahre 1845, daß ein Volljähriger, der mit einem Minderjährigen eine Handelsgesellschaft begründet hat, ohne daß dieser dazu bevollmächtigt war, dessen incapacité nicht geltend machen und aus diesem Grund nicht die Nichtigkeit der Gesellschaft begehren könne, dazu vielmehr der Minderjährige allein ein Recht habe. Falls der Minderjährige nach Erreichung der Volljährigkeit den Vertrag bestätige, heile dies den Mangel, selbst wenn dieses erst nach Klagerhebung geschehe. Im Jahre 1850 erklärte aber der Kassationshof²⁾ daß ein wegen Verschwendung Entmündigter, der einen Handelsgesellschaftsvertrag abgeschlossen hatte, nicht als Teilnehmer dieser Gesellschaft betrachtet werden könne und kam damit damals schon zu dem gleichen Ergebnis wie vor kurzem der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 30.4. 1955³⁾. Die Gesellschaft konnte nach dem Urteil des Kassationshofs in Konkurs fallen, jedoch ohne Haftung des Entmündigten. Die Nichtigkeit einer Gesellschaft, der ein beschränkt Geschäftsfähiger zugehört hatte, wurde auch vom Trib. comm d'Alger ausgesprochen⁴⁾. Das Gericht erklärte, daß der incapable seine Einlagen zurück erhalten, vollkommen frei von allen Lasten sein müsse und Dritten gegenüber nicht für die von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen haftbar sei. Weitere Urteile

1) Lyon, 6 juin 1845 (S. 1846.2.374)

2) Cass.Civ. 3 déc. 1850 (S.1850.1.777 = D.1851.1.42)

3) BGH JZ 55/423 = DNotZ 1955/530 mit Gründen

4) Tribunal comm. d'Alger 30 janv.1924 (J.S.1925 p.530)

in denen minderjährige Beteiligte als nicht verpflichtet bzw. die Gesellschaft mit Teilnahme der Minderjährigen für nichtig erklärt wurden, ergingen bis in die jüngste Vergangenheit¹⁾.

3. Verbotene oder unsittliche Verträge (caractère illicite ou immoral de l'objet social)

Gesellschaftsverträge, die gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstoßen, sind ebenfalls absolut nichtig. Die Nichtigkeit kann im Wege der Klagerhebung oder der Einrede geltend gemacht werden und wirkt gegen alle, sowohl gegen die Gesellschafter als auch gegen Dritte. In der Rechtsprechung gibt es verschiedene Gruppen solcher verbotenen Verträge. Hierher gehören einmal alle Gesellschaftsverträge, die zwischen einem Pharmazeuten und einem Nichtpharmazeuten abgeschlossen wurden mit dem Ziel, eine Gesellschaft zu betreiben zur Führung einer Apotheke, da Apotheken nicht von Gesellschaften, sondern nur persönlich betrieben werden dürfen²⁾. Dasselbe gilt für Gesellschaften, deren Betrieb dahin ging, verbotene Geheimmittel (remèdes secrets) zu verkaufen³⁾, ferner Gesellschaften mit dem Ziel, Geldwechselstuben zu unterhalten⁴⁾ (vor Erlass des Gesetzes vom 2. Juli 1862), sowie für alle Gesellschaftsverträge, in denen sich ein Träger öffentlicher Gewalt, ein sogenannter Inhaber eines office ministériel, zu einer bestimmten Ausübung seines

1) Paris, 6 févr. 1926 - D.H. 1926 p. 224 (in den Gründen) und Cass. Req. 9 juin 1947 (J.C.P. 1947 II 3851), wo ein Minderjähriger an der Errichtung einer st.G. teilgenommen hatte

2) Paris, 27 mars 1862 (S. 1862.2.381); Cass. Req. 21 juin 1898 (D. 1899.1.53); Paris, 16 juin 1934 (J.S. 1937 p. 158); Paris, 18 juin 1934 (D.H. 1934 p. 465); Montpellier 12 janv. 1939 (J.S. 1942 p. 58); Paris 1^{er} déc. 1951 (J.S. 1953 p. 77)

3) Cass. Req. 23 mai 1905 (D. 1906.1.412); Cass. Civ. 13 juill. 1927 (S. 1928.1.9)

4) Cass. Civ. 13 mai 1862 (S. 1862.1.825 = D. 1862.1.338)

Amtes verpflichtete¹⁾, z.B. ein Gerichtsvollzieher oder Notar. Zahlreiche Urteile erklärten Gesellschaftsverträge zwischen Ehegatten für nichtig²⁾, auch wenn die Eheleute in Gütertrennung miteinander lebten und wenn die Gesellschaft schon vor dem Eheschluß bestanden hatte oder ein Dritter noch an der Gesellschaft beteiligt war, da eine Gesellschaft zwischen Ehegatten unvereinbar sei mit der Ausübung der ehelichen Gewalt und mit der bestehenden Regelung der Unveränderlichkeit der ehelichen Vereinbarungen. Endlich sind noch die Gesellschaften zu nennen, die ein verbotenes Lotteriespiel oder sonstige Glücksspiele betreiben. Auch sie wurden für nichtig erklärt³⁾, wie die Gesellschaften, die zur Bildung eines unerlaubten Kartells⁴⁾ gegründet wurden oder zum Schmuggel⁵⁾.

4. Nichtigkeit der von einem Gesellschafter übernommenen Verpflichtung (nullité tenant à l'objet de l'obligation assumée par un associé)

Hierher gehören alle die Fälle, bei denen ein Gesellschafter einen Gegenstand einbringt, dessen Eigentümer bzw. Alleineigentümer er nicht ist. Weiter werden von der französischen Rechtslehre auch die Gesellschaftseinlagen hinzugerechnet, die nur fiktiv sind, bei denen also die darauf liegenden Lasten gleich oder höher als der Wert der Einlage selbst sind. Auf dieser Linie bewegt sich auch die Rechtsprechung, wenn der Kassations-

-
- 1) Cass.Req. 10 janv.1865 (S.1865.1.110); Cour de Caen 18 janv.1888 (S.1890.2.97); Cass.Civ. 14 mai 1888 (D.1888.1.487); Pau 8 juin 1891 (S.1894.2.127 = D.1893.2.174); Cass.Civ. 25 janv.1887 (D.1887.1.465)
 - 2) Dijon 27 juill.1870 (S.1871.2.268); Cass.Civ.7 mars 1888 (S.1888.1.305); Paris 2 août 1899 (Journ.Trib. com.1900 p.401); Cass.Req. 11 avr.1906 (S.1911.1.508); Cass.Req. 19 mai 1908 (S.1911.1.508); Cass.Civ.3 juill. 1917 (S.1921.1.201); Grenoble 7 juill.1950 (Gaz.Pal. 1950 2.225); Cass.Civ. 5 juin 1951 (D.H. 1952.Somm.30)
 - 3) Lyon 19 juill.1898 (S.1901.2.260); Cass.Req. 24 mai 1913 (D.1916.1.264)
 - 4) Bordeaux 2 janv.1900 (D.1901.2.150 = S.1901.2.225)
 - 5) Douai 11 nov. 1907 (D.1908.2.15)

hof¹⁾ erklärt, daß die Tatsache, daß ein in eine Kommanditgesellschaft eingebrachtes, mit einer Hypothek belastetes Grundstück die Nichtigkeit einer Errichtung dieser Gesellschaft nicht bewirkt, wenn anderseits feststeht, daß die fragliche Hypothek dieses Grundstück nur zu einem Teil seines Wertes belastet und im übrigen die neue Gesellschaft sich nicht verpflichtet habe, die Hypothekenlast abzulösen. Man darf also nicht einfach annehmen, daß die Einlage eines hypothekarisch belasteten Grundstücks eine fiktive und keine effektive Leistung darstellt und folglich der Wille des Gesetzes bezüglich der Errichtung von Gesellschaften nicht erfüllt wurde, vielmehr ist genau zu prüfen, in welchem Verhältnis die Belastung zum Effektivwert steht. Dieser Grundsatz wurde positiv ausgesprochen in einem Urteil des Appellationshofs von Douai²⁾, der eine Gesellschaft, in die eine fiktive Einlage eingebracht wurde, für nichtig erklärte. Das Gericht bezeichnete dabei eine Einlage als fiktiv, die in einem mit einer Hypothek belasteten Grundstück bestand, und dieses Grundstück nur auf Betreiben der Hypothekengläubiger verkauft wurde zu einem Preis, der unter ihren Forderungen lag, und dadurch die Gesellschaft ihr Eigentum verloren und vom Versteigerungserlös nichts erhalten hat. - Den Fall, daß ein Gesellschafter eine Einlage erbrachte, die nicht in seinem Eigentum, bzw. Alleineigentum, stand, wurde ebenfalls entschieden von der Cour de Rabat³⁾ und vom Kassationshof⁴⁾. Danach ist eine Gesellschaft nichtig, wenn der Gesellschafter, der ein Handelsgeschäft eingebracht hat, nicht Alleineigentümer des Geschäftes war im Augenblick der Gesellschaftserrichtung, selbst wenn er es später geworden ist. Es ist also auch keine Heilung dieser Nichtigkeit möglich.

1) Cass.Civ. 22 févr. 1892 (S. 1893.1.49 = D. 1894.1.148)

2) Douai, 6 août 1903 (J.S. 1904 p. 220)

3) Rabat 18 nov. 1933 (S. 1934.2.87 = D. 1935.2.30);
ebenso Trib. comm. de Lyon 3 févr. 1949 (J.S. 1949 p. 277)

4) Cass.Req. 25 avr. 1936 (S. 1937.1.285)

§ 2 Nichtigkeitsgründe, die auf der Verletzung von
Gültigkeitsbedingungen von Gesellschaftsverträgen
beruhen

Nachdem im vorigen Abschnitt die Wirkung der Nichtigkeitsgründe, die auf der Verletzung allgemeiner Gültigkeitsbedingungen von Verträgen beruhen, festgestellt wurden, bedarf es noch einer Untersuchung, wie sich die Verletzung von Gültigkeitsbedingungen speziell von Gesellschaftsverträgen auswirkt. Diese Nichtigkeitsgründe lassen sich in fünf Gruppen zusammenfassen. Die erste Gruppe enthält die Fälle, in denen die allen Gesellschaftsarten gemeinsamen Form- und Veröffentlichungsvorschriften (*écrit et publication*) nicht beachtet oder verletzt wurden. Zur zweiten Gruppe gehören die Fälle, in denen eine Gesellschaft nach ihrer Auflösung tatsächlich fortgesetzt wurde; zur dritten diejenigen, bei denen gegen die Vorschriften bezüglich der Errichtung eines gemeinsamen Vermögens durch die Einlagen eines jeden der Gesellschafter verstoßen wurde. Die vierte Gruppe umfaßt alle die Fälle, in denen nicht alle Gesellschafter sowohl an Verlusten wie am Gewinn beteiligt waren. Die letzte Fallgruppe wird dadurch charakterisiert, daß bei den Beteiligten die *affectio societatis* fehlt.

1. Nichtbeachtung bzw. Verletzung der allen Gesellschaftsarten gemeinsamen Form- und Veröffentlichungsvorschriften (*écrit et publication*)

Die bei weitem häufigsten Nichtigkeitsfälle werden bei Gesellschaftsverträgen durch fehlende oder mangelhafte Förmlichkeiten verursacht. Die Nichtbeachtung der Veröffentlichungsformalitäten hat entweder die Nichtigkeit der Gesellschaft oder, wenn es sich um ändernde Geschäfte handelt, deren Nichtigkeit oder *l'innopposabilité aux tiers* der nicht veröffentlichten Vertragsklauseln zur Folge. Dieser Grundsatz ist aufgestellt in den art. 58 et 59 de la loi du 24 juill. 1867 bzw. 14 et 17

de la loi du 7 mars 1925. Bei der Vielfalt der Möglichkeiten kann man wieder unterscheiden zwischen fehlender Veröffentlichung, unvollständiger oder unrichtiger Veröffentlichung und verspäteter Veröffentlichung.

Die fehlende Veröffentlichung hat Nichtigkeit des Vertrages zur Folge. Dies wurde in der Rechtsprechung in zahlreichen Fällen entschieden¹⁾; es liegen Urteile vor seit Mitte des letzten Jahrhunderts bis in die jüngste Vergangenheit. Nichtigkeit des Vertrages wird von den französischen Gerichten auch angenommen, wenn die Veröffentlichungsformalitäten nicht bei jeder Filiale eines Unternehmens vorgenommen wurden²⁾. Diese Nichtigkeit erklärte der Kassationshof als eine nullité relative³⁾, die ungeeignet ist, von den Gesellschaftern den Gesellschaftsgläubigern entgegengehalten zu werden, jedoch kann die Nichtigkeit sonst von allen Beteiligten⁴⁾ geltend gemacht werden, insbesondere von den persönlichen Gläubigern eines Gesellschafters kraft eigenen Rechts, sowie von einem Gesellschafter seinem Mitgesellschafter gegenüber⁵⁾, und zwar in jedem Verfahrensabschnitt⁶⁾.

Die unvollständige oder unrichtige Veröffentlichung kann darin bestehen, daß die veröffentlichte Ausfertigung des Gesellschaftsvertrages nicht genau ist oder vom Original abweicht oder aber, daß sie nicht an allen vom Ge-

-
- 1) Es ist unmöglich, alle Entscheidungen zu zitieren; vgl. statt vieler Cass. Req. 23 déc. 1844 (S. 1846.1.558); Cass. Civ. 13 févr. 1855 (D. 1855.1.308); Cass. Req. 28 mars 1898 (D. 1899.1.588); Cass. Req. 27 avr. 1931 (J.S. 1931 p. 571 = S. 1931.1.247); Cass. Req. 19 mars 1946 (J.C.P. 1946 II 3125).
 - 2) Paris 29 déc. 1885 (S. 1886.2.41); Besançon 16 oct. 1928 (S. 1929.2.126); Cass. Civ. 21 nov. 1916 (S. 1916.1.145).
 - 3) Cass. Req. 5 juill. 1900 (S. 1904.1.190); Cass. Civ. 3 avr. 1895 (D. 1895.1.443 = S. 1897.1.118); Cass. Req. 27 avr. 1931 (J.S. 1931 p. 571 = S. 1931.1.247);
 - 4) Beteiligte i.S. von art. 56 L. 24 juill. 1867. Dazu gehören sowohl der Konkursverwalter eines Gesellschafters als auch die Gesellschaftsgläubiger; Cass. Req. 25 mars 1890 (S. 1892.1.126); Cass. Civ. 7 août 1893 (S. 1894.1.260); Cass. Req. 14 avr. 1893 (S. 1897.1.487).
 - 5) Nîmes 22 mai 1920 (J.S. 1921 p. 256); Cass. Civ. 5 janv. 1886 (S. 1886.1.241 = D. 1886.1.122).
 - 6) Nancy 10 déc. 1924 (J.S. 1925 p. 649 = D. 1925.2.95); Cass. Civ. 8 mars 1881 (D. 1881.1.198).

setz vorgeschriebenen Orten veröffentlicht wurde¹⁾. Die Rechtsprechung trifft dabei folgende Unterscheidung: Betrifft die Unterlassung oder Ungenauigkeit etwas, was im Gesetz vorgeschrieben ist, so hat dies die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge²⁾. Dies wurde allerdings nicht konsequent durchgeführt in dem Fall, daß ein Kommanditgesellschaftler sich Dritten gegenüber nicht auf die Nichtigkeit der Gesellschaft berufen konnte, wenn z.B. nur in der Kanzlei des Handelsgerichts keine Vertragsabschrift auslag. Andererseits konnte deshalb der Kommanditist nicht als unbeschränkt haftbar angesehen werden, wenn er keinen Einfluß auf die Geschäftsführung und deshalb auch keine Schuld an der unvollständigen Veröffentlichung trug³⁾. Betrifft die Unterlassung oder Ungenauigkeit dagegen eine Vorschrift, die nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist, aber im Interesse Dritter veröffentlicht werden muß, so kann diese Vertragsklausel Dritten nicht entgegengehalten werden⁴⁾.

Die verspätete Veröffentlichung kann nicht mehr als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden, wenn der Gesellschaftsvertrag rechtmäßig veröffentlicht worden ist, bevor das Gericht, das mit der Sache befaßt ist, in erster Instanz sachlich entschieden hat⁵⁾. Sonst steht die verspätete Veröffentlichung der unterlassenen gleich.

Die Natur der Nichtigkeit, die vom Kassationshof als nullité relative bezeichnet wurde, ist in anderen Urteilen nicht in dieser reinen Form weiter so beurteilt worden, vielmehr nähert sich die Nichtigkeit wegen Nichtbeachtung der Veröffentlichungsvorschriften von verschiedenen Seiten der nullité absolue, wie auch von vielen

1) Besançon 16 oct. 1928 (S.1929.2.126)

2) Cass.Civ. 8 mars 1881 (D.1881.1.198); Cass.Civ. 21 nov.1916 (S.1916.1.145)

3) Paris 29 janv.1863 (D.1863.2.38)

4) Cass.Civ. 22 déc.1874 (D.1875.1.254 = S.1875.1.104)

5) In diesem Sinne Cass.Civ. 4 janv.1944 (Gaz.Pal.1944.1.114)

Gerichten - auch vom Kassationshof - in zahlreichen Entscheidungen darin ein Verstoß gegen den ordre public gesehen wird¹⁾. Die sich daraus ergebenden Konsequenzen, z.B. daß ein Verzicht kein Hindernis ist, die Nichtigkeitsklage dennoch zu erheben²⁾, oder daß die freiwillige Ausführung des Vertrages durch die Beteiligten keine Heilung bewirkt³⁾, sowie daß die Nichtigkeit in jedem Verfahrensabschnitt geltend gemacht werden kann⁴⁾, wurden von der Rechtsprechung auch gezogen. Der einzige Unterschied gegenüber der nullité absolue besteht also nur darin, daß die Gesellschafter sich Dritten gegenüber nicht auf die Nichtigkeit berufen können⁵⁾. Dieser Unterschied ist praktisch bedeutungslos, da auch bei Gesellschaften, die von der nullité absolue betroffen sind, durch Anwendung der Regeln von der société de fait die Gesellschafter sich Gläubigern gegenüber nicht auf die Nichtigkeit berufen können⁶⁾.

2. Tatsächliche Fortsetzung einer Gesellschaft nach ihrer Auflösung ohne neue Veröffentlichung

Einen Unterfall der Gruppe Nichtbeachtung bzw. Verletzung von Form- und Veröffentlichungsvorschriften bildet die tatsächliche Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft ohne erneute Veröffentlichung; denn auch die Verlängerung über den durch die Satzung festgesetzten Zeitpunkt hinaus muß Dritten durch Veröffentlichung zur Kenntnis gebracht werden. Bei Fehlen dieser Veröffentlichung bleibt die Verantwortlichkeit der Gesellschafter Dritten gegenüber bestehen, sie können Dritten also die

1) Cass.Req. 10 févr. 1879 (D. 1879.1.265); Cass.Civ. 1^{er} févr. 1881 (D. 1882.1.21); Cass.Req. 21 juill. 1885 (S. 1885.1.448); Cass.Req. 28 des. 1910 (J.S. 1911 p. 358); Nîmes 22 mai 1920 (J.S. 1921 p. 256)

2) Cass.Civ. 1^{er} févr. 1881 (D. 1882.1.21 = S. 1883.1.415)

3) Cass.Req. 1^{er} mars 1882 (D. 1883.1.130)

4) S.Anm. 6 S.14

5) S.Anm. 3 S.14

6) S.unten Kap.3 § 3,2

Auflösung nicht entgegenhalten. Selbst wenn die Auflösung diesen bekannt war, bleibt sie inopposable¹⁾. In diesem Falle legte der Kassationshof Wert darauf, daß dadurch keine société de fait entstanden sei, sondern die alte rechtmäßige Gesellschaft weiterbestanden habe, jedoch hat er in späteren Urteilen in solchen Fällen, bei denen die Gesellschaft ihre Tätigkeit über den fraglichen Zeitpunkt hinaus in derselben Art wie zuvor fortsetzte, ohne die Verlängerung zu veröffentlichen, stets eine société de fait angenommen²⁾ (s.Kap.3 § 4, 1).

3. Errichtung eines gemeinsamen Vermögens durch Einbringen von Einlagen eines jeden Gesellschafters

Das Einbringen von Einlagen eines jeden Gesellschafters zum Zwecke der Errichtung eines gemeinsamen gesellschaftlichen Vermögens ist ein Hauptmerkmal eines jeden Gesellschaftsvertrages³⁾. Solange ein gemeinsames Vermögen noch nicht gebildet ist, ist der Gesellschaftsvertrag vollkommen unbeachtlich. Dies ist ein Fall, bei dem die Theorie von einer "inexistence" spricht, der Gesellschaftsvertrag sei also nicht nur von einer nullité absolue betroffen, sondern rechtlich gar nicht existent⁴⁾. In der Rechtsprechung erklärte der Kassationshof⁵⁾ eine Gesellschaft bei Fehlen der Einlagen für nichtig, weil damit einem der Haupterfordernisse des art.1832 C.c. nicht Genüge geleistet worden sei. So wurde in allen weiteren Urteilen die Bildung eines gemeinsamen Vermögens durch Einbringen von Einlagen eines jeden Gesellschafters als Voraussetzung für die Annahme einer Gesellschaft bzw. für die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze überhaupt verlangt⁶⁾. Diese Voraussetzung bedarf ins-

1) Cass.Civ. 2 mars 1897 (S.1897.1.261 = D.1898.1.57)

2) Cass.Civ. 26 févr.1913 (S.1913.1.134); Cass.Req.5 nov. 1934 (S. 1935.1.177)

3) Vgl. Art. 1832 C.c.

4) Escarra-Rault no 165

5) Cass.Req. 14 juin 1887 (D.1887.1.417)

6) Cass.Civ. 20 juill.1908 (D.1909.1.93); Cass.Req. 15 janv. 1923 (J.S. 1924 p.331); Cass.Civ. 11 avr.1927 (S.1927.1.262); Cass.com. 13 juill.1948 (J.C.P.1949 II 4938)

besondere dann einer genauen Prüfung, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht in schriftlicher Form vorliegt und entschieden werden soll, ob eine société de fait anerkannt werden kann, wozu nach französischer Rechtsprechung die drei Hauptmerkmale einer jeden Gesellschaft gemäß art. 1832 C.c. gegeben sein müssen¹⁾. Ohne die Hauptbedingungen und demzufolge also auch ohne gemeinsames Vermögen durch Einbringung der Einlagen von jedem Gesellschafter, kann auch keine société de fait entstehen²⁾.

4. Gewinn- und Verlustbeteiligung aller Gesellschafter

Wird in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart, daß ein Gesellschafter nicht am Verlust beteiligt sein solle, oder wird einem oder mehreren Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag der ganze Gewinn zugesprochen, so ist der Vertrag nichtig. Die Nichtigkeit einer solchen societas leonina (société léonine) ist in art. 1855 C.c.³⁾ ausdrücklich ausgesprochen und auch in einer ganzen Reihe von Entscheidungen festgehalten⁴⁾. Dabei ist es gleichgültig, ob die Vereinbarung der Freistellung von Verlusten im Gesellschaftsvertrag selbst oder in einem getrennten Vertrag geschlossen wurde⁵⁾, ob die Garantie gegen Verluste dem betreffenden Gesellschafter von der Gesellschaft selbst versprochen wurde oder von einem ihrer Mitglieder⁶⁾. In jedem Falle ist die Verein-

1) Nîmes, 20 oct. 1925 (J.S. 1927 p. 471); Cass. Req. 8 janv. 1946 (Gaz. Pal. 1946.1.72 = J.C.P. 1946 II 3053)

2) S. darüber bes. unten Kap. 3 § 4

3) La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.
Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés.

4) Paris, 8 juin 1928 (J.S. 1930 p. 90); Trib. civ. Seine, 9 févr. 1950 (J.C.P. 1950 II 5799)

5) Z.B. Cass. Req. 14 juin 1882 (S. 1882.1.423)

6) Cass. Civ. 11 juill. 1894 (D. 1894.1.531)

barung nichtig. Der Fall, daß alle Gewinne bestimmten Gesellschaftern zugeteilt wurden, wurde vom Cassationshof ebenfalls entschieden und die Vereinbarung für nichtig erklärt¹⁾. Der Appellationshof von Paris hat auch einmal erklärt, daß in den Gesellschaftsverträgen selbst eine Verlustbeteiligung nicht geregelt zu sein braucht, um eine Société de fait anzunehmen, aber die Verlustbeteiligung durfte nicht ausgeschlossen sein²⁾. Die in der Lehre streitige Frage, ob nur die Vereinbarung der société léonine selbst nichtig ist oder die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge hat, ist in der Rechtsprechung früher im ersten Sinne entschieden worden³⁾. In neuerer Zeit nehmen die Gerichte jedoch immer mehr die Nichtigkeit des ganzen Vertrages an. So erklärt das Pariser Gericht⁴⁾ ganz klar: "Diese Nichtigkeit ist absolut und betrifft den Vertrag selbst; besonders dann, wenn nach dem gemeinschaftlichen Willen der Parteien die Übereinkünfte dieses Vertrages ein unteilbares Ganzes bilden". Auch der Kassationshof hat sich in einem Urteil des Jahres 1931 für die Nichtigkeit des ganzen Vertrages entschieden⁵⁾, wobei er erklärte, es handle sich hier um eine nullité absolue, die von allen Beteiligten geltend gemacht werden könne und gegen alle wirke.

5. Fehlen der affectio societatis

Bei Fehlen des Willens, sich gesellschaftlich zu betätigen, mangelt es ebenfalls an einem der in art. 1832 C.c. geforderten Hauptmerkmale eines Gesellschaftsvertrages. Diese Fälle sind demnach gleich zu behandeln wie die bei Fehlen eines gemeinsamen Vermögens durch die Einlagen eines jeden Gesellschafters oder bei Vorliegen

1) Cass.Civ. 2 mars 1931 (D.H. 1931 p.285)

2) Paris, 6 févr. 1934 (S. 1934.2.210 = Gaz. Pal. 1934.2.82)

3) Cass.Reg. 14 juin 1882 (S. 1882.1.423); Cass.Civ. 11 juill. 1894 (D. 1894.1.531)

4) Paris, 8 juin 1928 (J.S. 1930 p.90)

5) Cass.Civ. 2 mars 1931 (D.H. 1931 p.285)

einer *societas leonina*. Bei Fehlen der *affectio societatis* können also überhaupt keine gesellschaftsrechtlichen Regeln zur Anwendung kommen, so daß auch keine *société de fait* vorliegen kann. Dies wäre also wieder ein Fall der sog. "inexistence". Mit solchen Fällen, bei denen die *affectio societatis* fehlt bzw. ihr Vorhandensein streitig war, beschäftigen sich eine ganze Reihe von Urteilen¹⁾. Den Hauptanteil daran nehmen die Fälle ein, in denen zwei Personen im Konkubinat lebten und jahrelang zusammen ein Handelsgeschäft betrieben. Einen solchen Sachverhalt hatte die Cour d'appel de Paris schon im Jahre 1851 zu entscheiden und führte damals schon aus²⁾, daß die Zusammenarbeit zwischen zwei Personen in der Ausübung eines Industrie- und Handelsunternehmens für sich allein, selbst unter im Konkubinat Lebenden, nicht genüge, um die Existenz einer Zivil- oder Handelsgesellschaft anzunehmen. Sie fährt fort, daß keine rechtlichen Wirkungen erzeugt werden können aus dieser Zusammenarbeit und dem einzelnen kein Recht auf die Hälfte des Gewinnes daraus erwachsen könne. Bei einer eventuell vorzunehmenden Gewinnteilung habe demzufolge jeder nur das Recht auf den Gewinn aus den Geschäften, die in seinem Namen ausgeführt worden seien. Weitere Urteile, die die *affectio societatis* als Voraussetzung zur Annahme einer faktischen Gesellschaft verlangen, ergingen bis in die jüngste Vergangenheit³⁾, aber immer wieder mahnen die Gerichte, daß das Konkubinat die *affectio societatis* nicht ersetzen könne, man also vom Konkubinat nicht ohne weiteres auf den Willen der Parteien schließen dürfe, sich gesellschaftlich zu betätigen⁴⁾. Allerdings kann durch sonstige Umstände die *affectio societatis* indiziert werden⁵⁾, jedoch stellt der Kassationshof

1) Z.B. Cass.Req. 7 juin 1932 (J.S.1933 p.537 = S.1933.1.12)

2) Paris, 19 août 1851 (S.1852.2.209 = D.1854.2.84)

3) Paris, 6 févr.1934 (S.1934.2.210 = Gaz.Pal.1934.2.82); Paris, 6 déc.1940 (S.1940.2.64)

4) Lyon, 5 avril et 28 mai 1948 (D.H.1948 Somm.23)

5) Rouen, 8 avr.1948 (Gaz.Pal.1949.2.T. = J.C.P.1949 II 5078); Rennes, 22 mai 1950 (Gaz.Pal.1950 2.87 = D.1951.Somm.48 = J.C.P. 1950 II 5831)

im Gegensatz zu vielen Urteilen der Appellationsgerichte in dieser Hinsicht sehr strenge Anforderungen¹⁾. Diesem Verlangen schließt sich die Cour d'appel de Lyon an²⁾, wenn sie die Zusammenarbeit der im Konkubinat Lebenden bei der Führung eines Handelsgeschäfts, das einem der Partner gehörte, als nicht genügend für den Beweis der vorliegenden affectio societatis ansieht. Nur ein einziges Urteil des Kassationshofs liegt vor, in dem er das Vorhandensein der affectio societatis als bewiesen anerkannte³⁾. In diesem Fall habe die Tatsacheninstanz festgestellt, daß die im Konkubinat Lebenden gemeinsam ein Hotelcafé kauften und betrieben, daß beide die Leitung des Betriebes gewährleisteten, ihn auch mit vereinten Kräften und in gemeinsamen Risiko und zum gemeinsamen Vorteil führten und daraus die affectio societatis entnommen werden könne⁴⁾.

3. Kapitel: Die société de fait in der französischen Rechtsprechung =====

In den einleitenden Bemerkungen wurde bereits hervorgehoben, daß die französische Rechtsprechung schon in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts zu der Erkenntnis kam, daß die normale Folge der Nichtigkeit eines Vertrages, der so angesehen wird, als habe er niemals existiert - quod nullum est nullum producit effectum - im Bereich des Gesellschaftsrechts unbillig und ungerecht wäre, an der Wirklichkeit der Tatsachen vorbeiginge, die Vielfalt und Verwickeltheit der im Gesellschaftsrecht abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, die von den Gesellschaften seit ihrer Errichtung vorgenommen

1) Cass.Req. 3 août 1936 (Gaz.Pal.1936.2.698); Cass.civ. 25 juill.1949 (Gaz.Pal.1949.2.323 = D.H.1949.Somm. 41 = J.C.P. 1950 II 5798); Cass.Civ. 3 nov.1953 (D.H. 1953 p.731)

2) Lyon, 5 nov. 1951 (D.H. 1952 Somm.48); Paris, 29 janv. 1953 (Gaz.Pal.1953.1.312)

3) Cass.Comm. 17 nov.1952 (J.C.P. 1953 II 7884)

4) Vgl. unten 3.Kap. § 4

wurden, unberücksichtigt ließe und ohne Grund Interessen der Beteiligten - sei es der Gesellschafter oder der Gläubiger - opfert. Der Interessenwiderstreit und die Unbilligkeit treten dagegen nicht zutage, solange die Gesellschaft nicht am Rechtsleben teilgenommen hat¹⁾, sondern nur, wenn sie trotz rechtlicher Mängel, die normalerweise die Nichtigkeit zur Folge haben, tatsächlich bestanden hat und nach außen sichtbar geworden ist durch ihre tätige Einschaltung in den Rechtsverkehr. Zur Lösung der sich daraus ergebenden Konflikte - erhalten die Gesellschafter ihre ganzen Einlagen zurück ohne Berücksichtigung der inzwischen von der Gesellschaft gemachten Verluste? wem steht eventuell gemachter Gewinn zu, und wie lautet der Verteilungsschlüssel? wer haftet für die von der Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen? jeder einzelne Gesellschafter oder nur derjenige, der zufällig gerade im Namen der Gesellschaft tätig geworden ist? usw. - stellte der Gesetzgeber nur die in einigen Vorschriften gegebene Hilfe zur Verfügung, daß die Nichtigkeit Dritten nicht entgegengehalten werden kann²⁾. Dieses Hilfsmittel erschien den Gerichten vollkommen ungenügend, da dadurch die Interessen der Gesellschafter absolut nicht geschützt wurden. Aus dieser Notwendigkeit heraus sahen sie sich gezwungen, ein Rechtsgebilde allgemeiner Geltung zu schaffen. Das Ergebnis war die sog. "société de fait". Diese Entwicklung wurde dadurch begünstigt, daß nach dem Code de commerce grundsätzlich sämtliche Mängel in der Errichtung einer Gesellschaft deren Nichtigkeit herbeiführen und vor allem die Gründungsvorschriften von Gesellschaften sehr zahlreich sind, dagegen über Arten und Wirkungen der Nichtigkeit keine ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften für die speziellen Fälle vorhanden sind.

1) Cass. Req. 24 mai 1913 (D. 1916.1.264); vgl. auch Cass. Civ. 13 juill. 1927 (S. 1928.1.9)

2) z.B. art. 7 de la loi du 24 juill. 1867; oder art. 58 de la loi du 24 juill. 1867, modifiée par le D.-L. du 30 oct. 1935

§ 1 Allgemeine Wirkung der Lehre von der société de fait auf das Gesellschaftsverhältnis

Das Problem der société de fait stellt sich also nur dann, wenn eine Gesellschaft für nichtig erklärt bzw. aus irgendeinem Grunde als rechtlich mangelhaft und unwirksam festgestellt worden ist. Es muß dann die Frage geklärt werden, wie die von der nunmehr für nichtig erklärten Gesellschaft¹⁾, die also nach den allgemeinen Regeln so betrachtet werden müßte, als ob sie nie bestanden hätte, während ihrer faktischen Existenz eingegangenen Verpflichtungen und überhaupt die von ihr im Rechtsleben geschaffenen Tatsachen zu behandeln und zu lösen sind. In der Rechtsprechung herrscht Klarheit darüber, daß die Nichtigkeitsentscheidung für die Zukunft dem Vertrag und der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft ein Ende setzt²⁾. Insofern sind die Wirkungen eines Urteils, das eine Gesellschaft für nichtig erklärt, gleich denen eines Urteils, das irgendeinen anderen Vertrag annulliert. Es bleibt also die Frage, wie die Vergangenheit abzuwickeln ist. Das ganze Problem der société de fait liegt also in der Liquidation. Daraus ergibt sich von selbst die Lösung des Falles, bei dem die Gesellschaft noch nicht tätig geworden, also noch nicht in Vollzug gesetzt worden war. Hier haben alle die Überlegungen, die zu der Entwicklung der société de fait geführt haben, keinen Platz. Es ist kein Grund einzusehen, auf eine solche Gesellschaft die gewöhnlichen Nichtigkeitsfolgen nicht Anwendung finden zu lassen. Und in der Tat hat die französische Rechtsprechung eine société de fait nicht angenommen, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht in Vollzug gesetzt worden war³⁾. Die Cour de Rabat

-
- 1) Die Frage, die sich in Deutschland erhoben hat, ob trotz Nichtigkeit der Gesellschaft eine Auflösungsklage erhoben werden müßte, entstand in Frankreich nicht, da hier jede Nichtigkeit und Anfechtung durch eine Klage geltend gemacht und durch ein Urteil festgestellt werden muß, um rechtlich wirksam zu werden.
- 2) Cass.Req. 28 mars 1898 (D.1899.1.588)
- 3) Besonders Rabat, 18 nov.1933 (S.1934.2.87 = D.1935.2.30) und Cass.Req. 24 mai 1913 (D.1916.1.264)

hat dies klar ausgedrückt, als sie sagte: "Aber wenn das Urteil auf Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft - falls diese nicht in Tätigkeit war - den Gesellschaftsvertrag selbst für die Vergangenheit vernichtet und jedem Gesellschafter erlaubt, seine Einlage zurückzunehmen oder sich zu weigern sie zu leisten, so ist es nicht dasselbe, wenn die Gesellschaft bereits in Tätigkeit war."

Inwieweit nun aber die Feststellung, daß eine Gesellschaft tatsächlich in Tätigkeit war, dazu führt, daß die in der Vergangenheit zwischen den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen Vereinbarungen aufrechtzuerhalten sind, ist eine Hauptfrage, die der Begriff der faktischen Gesellschaft aufwirft. Dabei ist zu beachten, daß die Nichtigkeitsgründe sehr zahlreich und die Interessen der Beteiligten sehr verschieden und oft entgegengesetzt sind. Die einfachste Lösung wäre die Gleichsetzung eines solchen Nichtigkeitsurteils in den Wirkungen mit denen eines Auflösungsurteils. Jedoch stehen einer solchen Aufrechterhaltung des Vertrages und besonders der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft für die Vergangenheit bald Interessen von einzelnen bald solche der Allgemeinheit gegenüber.

Bei der Berücksichtigung der Privatinteressen werden in der französischen Rechtsprechung drei Gruppen unterschieden: einmal die Interessen der vertragschließenden Parteien selbst, dann die Interessen der persönlichen Gläubiger der Gesellschafter und schließlich die der Gesellschaftsgläubiger; eine Unterscheidung, die nicht zu einer einheitlichen sondern zu nuancierten Lösungen führt. Dabei wird in den Beziehungen der Gesellschafter untereinander der Vertrag grundsätzlich für die Vergangenheit aufrechterhalten. Dagegen haben die Gläubiger die Wahl, ob sie sich auf die Nichtigkeit der Gesellschaft stützen oder die Gesellschaft als gültig ansehen wollen. Im letzteren Fall wird der Vertrag mit

allen Vor- und Nachteilen aufrechterhalten, während im ersten Fall die Gesellschaft im Verhältnis zu den Gläubigern so angesehen wird, als ob sie nie existiert hätte. Im Verhältnis der Gesellschaftsgläubiger zu den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter zieht die Rechtsprechung die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern vor¹⁾.

Der Schutz des ordre public kann es dagegen erforderlich machen, den fehlerhaften Vertrag auch für die Vergangenheit zu verwerfen, sei es ganz oder nur zu einem Teil. So wurde die Annahme einer société de fait von der Rechtsprechung abgelehnt in allen den Fällen, in denen die affectio societatis fehlt²⁾, wodurch viele Konubinate betroffen wurden, sowie bei den sociétés léonines³⁾, oder bei Fällen, bei denen die Beteiligten keine Einlagen erbracht haben⁴⁾. Da auch eine société de fait eine Gesellschaft darstellt oder wenigstens ein gesellschaftsähnliches Verhältnis bildet, müssen die drei Hauptmerkmale des Gesellschaftsvertrages gemäß art. 1832 C.c. gegeben sein. Fehlt eines dieser Merkmale, so ist für den Begriff der société de fait kein Platz. Dies führt zu der Notwendigkeit, den Anwendungsbereich der société de fait genau festzulegen.

1) Darüber näher unten in § 2 u. 3 dieses Kapitels

2) Paris, 6 févr. 1934 (S. 1934.2.210 = Gaz. Pal. 1934.2.82); Rennes, 22 mai 1950 (Gaz. Pal. 1950.2.87 = D. 1951 Somm. 48 = J.C.P. 1950 II 5831); Lyon, 5 nov. 1951 (D.H. 1952 Somm. 48); Cass. Com. 17 nov. 1952 (J.C.P. 1953 II 7884); Paris, 29 janv. 1953 (Gaz. Pal. 1953.1.312); Cass. Civ. 3 nov. 1953 (D.H. 1953 p. 731)

3) Cass. Civ. 2 mars 1931 (D.H. 1931 p. 285); Paris, 6 févr. 1934 (S. 1934.2.210 = Gaz. Pal. 1934.2.82); Paris, 8 juin 1928 (J.S. 1930 p. 90)

4) Cass. Civ. 20 juill. 1908 (D. 1909.1.93); Cass. Req. 15 janv. 1923 (J.S. 1924 p. 331); Nîmes, 20 oct. 1925 (J.S. 1927 p. 471); Cass. Req. 8 janv. 1946 (Gaz. Pal. 1946.1.72 = J.C.P. 1946 II 3053 = J.S. 1946 p. 245)

§ 2 Anwendungsbereich des Begriffs der société de fait

1. Fehlen eines Hauptmerkmals des art. 1832 C.c.

Im vorhergehenden Abschnitt wurde schon angedeutet, daß Gesellschaftsverträge, bei denen sich die Fehlerhaftigkeit des Vertrages darin äußert, daß eines der drei Hauptmerkmale des art. 1832 C.c. fehlt, keinerlei gesellschaftsrechtliche Wirkungen haben können für die Zeit ihres tatsächlichen Bestehens. Das Vorhandensein der affectio societatis, die Beteiligung aller Gesellschafter sowohl am Gewinn wie am Verlust, sowie das Einbringen von Einlagen von jedem Gesellschafter - sei es in Form einer Geldsumme oder in Form von Arbeitskraft oder sonstigen Werten - sind Essentialia nicht nur für eine rechtmäßige Gesellschaft, sondern überhaupt dafür, daß Gesellschaftsrecht zur Anwendung kommt, also auch für die Annahme einer faktischen Gesellschaft. Diese Grundsätze hat der Kassationshof deutlich formuliert¹⁾: "Die Existenz von Einlagen ist ein Hauptmerkmal der Gesellschaft, und eine Gesellschaft ist folglich nichtig, wenn die Gesellschafter nur fiktive Einlagen erbracht haben, z.B. wenn die Einlage in einem Grundstück besteht, das mit Hypotheken belastet ist, die höher sind als der Wert des Grundstücks selbst²⁾. In einem Fall, in dem eine Gesellschaft deshalb für nichtig erklärt wird, müssen die Verbindlichkeiten, die sie mit einem Bankgeschäft zwecks Unterbringung ihrer Obligationen vereinbart hat, konsequenterweise auch für nichtig erklärt werden auf die Klage dieses Hauses hin." Das Gericht fährt dann fort, daß in einem solchen Fall nur eine persönliche Haftung der handelnden Gesellschafter in Frage kommen könne. Auch in einem anderen Fall, in dem ein Kommanditist nur eine feste Verzinsung seiner Einlage erhielt und alle Gewinne durch Vertrag bestimmten Parteien zugeteilt wurden, entschied der Kassationshof: Da die

1) Cass.Reg. 14 juill. 1887 (D.1887.1.417)

2) Dcuai, 6 août 1903 (D.1907.2.377 = J.S. 1904 p.220)

Teilung der mittels gemeinsam erbrachter Einlagen erzielten Gewinne das Wesen der Gesellschaft darstellt, ist der Vertrag unter diesen Umständen nichtig oder gilt wenigstens nicht als Gesellschaftsvertrag¹⁾. Daraus ist zu entnehmen, daß eventuell eine Umdeutung in einen anderen Vertrag, z.B. ein Darlehen, möglich ist. In einem anderen Fall dagegen hat der Kassationshof einen Gesellschaftsvertrag angenommen, in dem sich eine Partei verpflichtete, den eingezahlten vollen Geldbetrag zurückzahlen und den anderen Partner nicht an den Verlusten zu beteiligen. Der Grund für die Annahme einer Gesellschaft liege darin, daß die Partei, die die Gelder vorgestreckt habe, der Gefahr ausgesetzt gewesen sei, keine Zinsen für ihr Kapital zu bekommen. Deshalb sei es möglich, hierin keinen Darlehensvertrag, sondern eine Gesellschaft zu erblicken²⁾. Diese Entscheidung steht in ihrer Art allein und hat in dieser Form durch ein anderes Gericht keine Nachahmung gefunden.

2. Gesellschaften, die gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstoßen (*caractère illicite ou immoral de l'objet social*)

Von der französischen Rechtsprechung werden dagegen die Gesellschaften, die gegen ein Verbotsgesetz verstoßen, als Gesellschaftsverhältnisse angesehen, deren faktische Vergangenheit berücksichtigt werden muß. Die Nichtigkeit kann in einem solchen Falle von jedem Beteiligten, auch vom Geschäftsführer der Gesellschaft selbst, geltend gemacht werden³⁾. Diese Gesellschaften müssen also abgewickelt werden. So erklärte die Cour impériale de Paris schon im Jahre 1862⁴⁾, daß eine Gesellschaft zwischen einem Pharmazeuten und einem Nichtpharmazeuten mit dem Ziel, eine Apotheke zu betreiben, als Verstoß

1) Cass.Civ. 2 mars 1931 (D.H.1931 p.285)

2) Cass.Req. 20 déc.1893 (D.1894.1.224)

3) Cass.Civ. 22 nov.1869 (S.1870.1.55 = D.1870.1.23)

4) Paris, 27 mars 1862 (S.1862.2.381)

gegen das Gesetz zwar nichtig sei, diese Nichtigkeit für die Vergangenheit aber gleichwohl die Beziehungen bestehen lasse, die zwischen den Gesellschaftern existierten. Diese Rechtsprechung ist wohl als herrschende zu bezeichnen¹⁾. Nicht so eindeutig erklärte sich freilich die Cour de Paris, die eine Gesellschaft, die dazu dienen sollte, die Hauptbestimmungen des Gesetzgebers über die Pharmazie zu umgehen, als von einer nullité absolue behaftet bezeichnete, jedoch fortfuhr, daß dies dann nicht immer eine société de fait zur Folge hätte, für deren Liquidation man Sorge tragen müsse. Es stünde vielmehr den Richtern zu, falls es die Sachlage erfordere, über die Fortsetzung des Betriebes zu entscheiden und einen vorläufigen Verwalter zu ernennen, der die Erfüllung des Gesetzes gewährleisten müsse²⁾. Dagegen erklärte der Kassationshof wiederum eine Gesellschaft, die nichtig war wegen verbotenen Verkaufs eines Geheimmittels (remède secret), in einem Urteil vom 13.7.1927 zwar nicht als société de fait, sondern als communauté d'intérêt, die jedoch liquidiert werden müsse. Er führt wörtlich aus³⁾: "Tatsächlich hindert die Nichtigkeit der Gesellschaft nicht, daß bis zum Zeitpunkt der Geltendmachung dieser Nichtigkeit zwischen den Gesellschaftern Beziehungen bestanden haben, die geregelt werden müssen durch eine gerechte Teilung der aus dem gemeinsamen Unternehmen hervorgegangenen Aktiven und Passiven." Diesen Standpunkt vertritt die französische Rechtsprechung auch in anderen Fällen, bei denen die Gesellschaft wegen ihres unerlaubten Charakters für nichtig erklärt wurde⁴⁾.

1) Paris, 16 juin 1934 (J.S. 1937 p.158); vgl. auch Cass. Civ. 15 nov. 1876 (S. 1877.1.409 = D.1877.1.70) und Cass.Req. 23 mai 1905 (D. 1906.1.412)

2) Paris, 1er déc.1951 (J.S. 1953 p.77)

3) Cass.Civ. 13 juill.1927 (S.1928.1.9); vgl. auch Cass. Req. 23 mai 1905 (D.1906.1.412) und Angers 13 mai 1929 (S.1931.2.1)

4) Cass.Civ. 19 mars 1862 (S.1862.1.825 = D.1862.1.338); Cass.Req. 29 juin 1863 (S.1863.1.493); Cass.Req. 31 mars 1869 (S.1869.1.305); Paris, 1er déc. 1951 (J.S. 1953 p.77)

Der Appellationshof von Lyon erklärte eine Gesellschaft, die ein verbotenes Lotteriespiel betrieb, für nichtig, was jedoch nur Wirkung für die Zukunft habe¹⁾. Für die Vergangenheit müsse die Gesellschaft so angesehen werden, als hätte sie bestanden und als hätte eine Interessengemeinschaft existiert, die liquidiert werden müsse. Auf der gleichen Linie liegt eine Entscheidung der Cour d'appel de Bordeaux²⁾, in der eine Gesellschaft für nichtig erklärt wurde, weil sie ein unerlaubtes Kartell gebildet hatte. Dagegen verweigerte die Cour de Douai³⁾ die Liquidation einer Gesellschaft, deren Ziel und Zweck Schmuggeln war, mit der Begründung: "Une pareille société est frappée d'une nullité radicale et absolue." Sie fuhr dann fort, daß die Gesellschafter nicht auf Liquidation der Gesellschaft klagen könnten, zumal alle von der Gesellschaft getätigten Geschäfte sich auf Schmuggelunternehmungen bezogen hätten. Ebenso verweigerten die Cour de Caen⁴⁾ und der Kassationshof⁵⁾ die Liquidation einer Gesellschaft, in der sich ein Gerichtsvollzieher zu einer bestimmten Vornahme seiner Amtshandlungen verpflichtete: "... und da diese Gesellschaft unerlaubt ist, nicht nur hinsichtlich ihrer Errichtung, sondern auch hinsichtlich ihrer Tätigkeit, die mit dem Gesetz in Widerspruch steht, ist sie nicht nur für die Zukunft nichtig, sondern auch für die Vergangenheit, so daß die Gesellschafter untereinander keine Ansprüche haben, selbst nicht den auf Abwicklung der erledigten Geschäfte." Auch das Trib. civ. de Lille erklärte einmal, daß die zwischen zwei Ärzten gegründete Gesellschaft verboten und es deshalb den Gesellschaftern unmöglich sei, auf Verteilung der Gesellschaftsgewinne, also auf Liquidation zu kla-

-
- 1) Lyon, 19 juill. 1898 (S. 1901.2.260); ebenfalls Nichtigkeit einer Gesellschaft, die Glücksspiele betrieb: Cass. Req. 24 mai 1913 (D. 1916.1.264)
2) Bordeaux, 2 janv. 1900 (D. 1901.2.150 = S. 1901.2.225)
3) Douai, 11 nov. 1907 (D. 1908.2.15)
4) 18 janv. 1888 (S. 1890.2.97)
5) Cass. Req. 10 janv. 1865 (S. 1865.1.110) und Cass. Req. 8 nov. 1880 (S. 1881.1.248)

gen¹⁾. Die Gerichte stellen hierbei ihre Entscheidung auf die Tätigkeit der Gesellschaften ab. Trotz des unerlaubten Charakters der Gesellschaft können einzelne Geschäfte, die nicht verboten sind oder sonst gegen das Gesetz verstoßen, abgewickelt werden. Keiner Beachtung unterliegen dagegen die Vertragsbestimmungen, die den Grund für die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages selbst abgeben. Ist aber die ganze Tätigkeit unerlaubt, so ist eine Abwicklung überhaupt nicht möglich, da das dadurch erzielte Ergebnis gegen den ordre public verstößen würde. - Den Grundsätzen, die oben als herrschend bezeichnet wurden, folgten ferner die Appellationshöfe von Pau, Lyon, Nîmes und Angers²⁾, die also die Liquidation von Gesellschaften gestatteten, obwohl diese gegen ein Verbotsgesetz verstießen.

Ein weiterer Fall, in dem ein Gericht einer nichtigen Gesellschaft auch für die Vergangenheit jegliche Wirkung absprach, ist wahrscheinlich mehr auf politische Gründe und Folgen der Nachkriegszeit als auf bewußte Abweichung von der herrschenden Lehre zurückzuführen: Der Appellationshof von Paris bezeichnete eine während des Krieges mit deutschem Kapital gegründete Gesellschaft wegen Verstoßes gegen den ordre public als nichtig, da sie gegründet worden sei zur Stärkung der deutschen militärischen Kraft. Dieser nichtige Gesellschaftsvertrag könne keine rechtliche Wirkung erzeugen, weder für die Zukunft noch für die Vergangenheit³⁾.

1) Lille, 25 avril 1932 (J.S. 1934 p.321)

2) Pau, 8 juin 1891 (S.1894.2.127 = D.1893.2.174); Lyon, 19 juill.1898 (S.1901.2.257); Nîmes, 13 déc.1919 (J.S. 1922 p.64); Angers, 13 mai 1929 (S.1931.2.1); Lyon, 5 juill.1933 (J.S. 1935 p.430)

3) Paris, 2 juill.1951 (Gaz.Pal. 1951.2.185 = R.S. 1952 p.45)

3. Verstoß gegen gesetzliche Formvorschriften

Ohne Einschränkung nimmt die französische Rechtsprechung die Existenz einer société de fait an, wenn der Fehler darauf beruht, daß bei der Errichtung der Gesellschaft einer gesetzlichen Formvorschrift nicht genügt wurde. Hierher gehören die Gesellschaften, die nichtig sind, weil die Veröffentlichungsvorschriften nicht beachtet wurden oder deren Vertrag überhaupt nicht schriftlich errichtet worden ist, sowie alle die Gesellschaftsverträge, die unter einer sonstigen Verletzung von Formvorschriften der Gesetze vom 24 juill. 1867 bzw. 9 mars 1925 geschlossen worden sind. Eine Fülle von Entscheidungen anerkennen in all diesen Fällen das Bestehen einer société de fait¹⁾. So hat der Kassationshof im Jahre 1859 erklärt²⁾: "Die Unterlassung der Veröffentlichung von Aktiengesellschaften wie von offenen Handelsgesellschaften hat nicht die volle Nichtigkeit dieser Gesellschaften zur Folge. Trotz fehlender Veröffentlichung der Satzung bzw. der Gesellschaftsverträge erzeugen alle die Geschäfte, die vor Erhebung der Nichtigkeitsklage vollzogen worden sind, Wirkungen. Folglich kann der Grundbuchbeamte die Löschung einer eingetragenen Hypothek, die mit dem Direktor der Aktiengesellschaft vereinbart wurde, nicht unter dem Vorwand verweigern, daß die Satzung dieser Gesellschaft nicht veröffentlicht und diese nicht gesetzmäßig errichtet worden sei." Nur in einem einzigen Fall³⁾ hat der Kassationshof bei einem Streit zwischen einer ordnungsgemäß errichteten Kommanditgesellschaft und einer solchen, die ihren Gesellschaftsvertrag nicht hinterlegt und nicht veröffentlicht hatte, erklärt, daß die im Gesetz vom 24 juill. 1867 im Interesse des ordre public angeordneten Hinterlegungen und Veröffentlichungen eine Hauptbedingung für die rechtliche Existenz einer Gesellschaft seien. Demzufolge

1) Es kann auf die auf S. 14 Anm. 1 und S. 15 Anm. 2 zitierten Entscheidungen verwiesen werden.

2) Cass. Req. 16 mai 1859 (D. 1860. 1. 889 = D. 1860. 1. 338)

3) Cass. Req. 10 févr. 1879 (D. 1879. 1. 265)

sei die Gesellschaft, die diese Formalitäten nicht erfüllt habe, unfähig, sich als Gesellschaft gültig durch ihren Geschäftsführer zu verpflichten, und die andere Gesellschaft könne erklären, daß sie eine abgeschlossene Vereinbarung als nicht zustandegekommen betrachte, da sich unter diesen Umständen zwischen den beiden Gesellschaften kein rechtliches Band habe knüpfen können. Diese von den anderen abweichende Entscheidung steht jedoch ganz allein und hat keine Nachahmung mehr gefunden. - In den oben genannten Fällen hat dann jeder Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern gegenüber das Recht, die Nichtigkeit als Verstoß gegen den ordre public geltend zu machen, und zwar in jedem Verfahrensabschnitt¹⁾; falls ein Gesellschafter in Konkurs gefallen ist, hat sein Konkursverwalter dieses Recht²⁾. Jedoch können sich die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht auf die Nichtveröffentlichung und damit auf die Nichtigkeit der Gesellschaft berufen, da sie sich nicht den Fehler zunutze machen können, den sie selbst begangen haben³⁾. Auch und vor allem die persönlichen Gläubiger der Gesellschaft können sich auf die fehlende Veröffentlichung berufen, da sie die Rechte ihrer Schuldner ausüben können⁴⁾, und - im Gegensatz zu den Gesellschaftern - können sie sich auch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber darauf berufen⁵⁾.

1) Cass.Req. 23 déc.1844 (S.1846.1.558); Cass. Civ. 31 déc. 1844 (S.1845.1.10 = D.1845.1.75); Cass.Civ. 5 janv. 1886 (S.1886.1.241); Nîmes 22 mai 1920 (J.S. 1921 p.256); Nancy 10 déc.1924 (J.S.1925 p.649)

2) Cass.Req. 25 mars 1890 (S.1892.1.126)

3) Nancy, 25 avr.1853 (S.1855.2.535); Paris, 29 janv. 1863 (D. 1863.2.38); Cass.Civ. 12 nov.1894 (S.1897.1. 117 = S.1895.1.38); Cass.Req. 27 avr.1931 (J.S.1931 p.571 = S.1931 1.247)

4) Rennes, 6 mars 1869 (S.1869.2.254 = D. 1870.2.224); Cass.Civ. 11 mai 1870 (S.1870.1.428); Cass.Civ. 7 juin 1904 (S.1905.1.8 = D. 1904.1.455); Cass.Req. 14 avr. 1893 (S.1897.1.487 = D.1894.1.91); Cass.Civ. 7 août 1893 (S.1894.1.260)

5) Sie darüber unten § 3 dieses Kapitels

4. Nichtigkeit der von einem Gesellschafter übernommenen Verpflichtung

Die französischen Gerichte anerkennen ebenfalls dann das Vorliegen einer faktischen Gesellschaft, wenn die Gesellschaft nichtig ist wegen Nichtigkeit der von einem Gesellschafter übernommenen Verpflichtung¹⁾. Der Kassationshof führte dazu einmal aus²⁾, "daß die Nichtigkeit der Gesellschaft, die dadurch herbeigeführt wurde, daß das von einem Gesellschafter eingebrachte Handelsgeschäft nicht in seinem Eigentum stand, nicht hindert, daß die Gesellschafter eine Gesellschaft bilden wollten und daß die während der faktischen Existenz dieser Gesellschaft erfüllten Verträge für gemeinsame Rechnung gemacht worden waren; die Nichtigkeit kann sie nicht auswischen. Die Nichtigkeit dieser Gesellschaft hat also keine rückwirkende Kraft, und die Folgen der Verträge dieser Gesellschaft regeln sich zwischen den Gesellschaftern entsprechend deren Vereinbarungen, wie wenn diese gültig wären. Die Einlagen der Gesellschafter können folglich nicht von ihnen zurückgenommen werden, sondern bleiben in der gemeinsamen Masse zur Abwicklung der gesellschaftlichen Handlungen." Die Cour de Rabat³⁾ erklärte ebenfalls eine Handelsgesellschaft für nichtig, weil ein Gesellschafter nicht Eigentümer des von ihm eingebrachten Handelsgeschäfts war zum Zeitpunkt der Gesellschaftserrichtung. Der Gerichtshof erklärte, daß dies selbst dann gelte, wenn er später Eigentümer geworden sei. In einem solchen Fall habe jeder Gesellschafter das Recht, die Nichtigserklärung der Gesellschaft zu verlangen. Dieses Urteil auf Nichtigserklärung der Gesellschaft vernichte den Gesellschaftsvertrag für die Vergangenheit, falls die Gesellschaft noch nicht in Tätigkeit getreten sei; falls sie aber schon in Vollzug gesetzt war, müsse sie wie eine rechtmäßige Gesellschaft behandelt und nach ihren Satzungen liquidiert werden.

1) Sie oben 2. Kap. § 1,4 (S. 11 f.)

2) Cass. Reg. 25 avr. 1936 (S. 1937.1.285)

3) Rabat, 18 nov. 1933 (S. 1934.2.87)

5. Willensmängel und Geschäftsunfähigkeit bei einem Gesellschafter

Eine Untersuchung und Prüfung von mehreren Seiten verlangen die Fälle, in denen Willensmängel beim Vertragschluß gegeben sind oder in denen ein Gesellschafter bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht geschäftsfähig war. Hier steht die französische Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß die so fehlerhafte Gesellschaft nicht als *société de fait* zu behandeln ist dem Geschäftsunfähigen gegenüber bzw. dem Gesellschafter gegenüber, dessen Willenserklärung bei Vertragsabschluß durch Irrtum, Gewalt oder Täuschung beeinflusst war¹⁾. Diese Gesellschafter müssen so gestellt werden, wie sie stehen würden, wenn kein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden wäre²⁾, d.h. die von ihnen geleisteten Einlagen müssen zurückerstattet werden³⁾. Das Trib.comm.d'Alger erklärt dazu: "Der Unfähige (*l'incapable*) muß in einem solchen Fall seine Einlagen zurückbekommen, vollkommen frei von allen Lasten und Dritten gegenüber nicht verpflichtet sein für die von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten." Die Nichtigkeit der Gesellschaft wegen Minderjährigkeit eines Gesellschafters kann diesem von den anderen Gesellschaftern nicht entgegengehalten werden. Dieses Recht hat allein der Minderjährige⁴⁾; die Nichtigkeit ist also keine absolute, sondern nur eine relative. Im Falle des Betruges wird jedoch nicht von der Rechtsprechung angenommen, daß ein Gesellschafter Dritten gegenüber nicht verpflichtet sei, vielmehr ist der Gesellschafter, der das Opfer einer Täuschung geworden ist, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber dennoch haftbar⁵⁾. Diese sollen nicht dadurch benachteiligt sein, daß sich ihr Schuldner überlisten ließ. Dasselbe gilt

1) Cass.Req. 6 mai 1878 (S.1880.1.125 = D. 1880.1.12)

2) Cass.Civ. 3 déc.1850 (S.1850.1.777 = D. 1851.1.42)

3) Alger, 30 janv. 1924 (J.S. 1925 p.530)

4) Lyon, 6 juin 1845 (S.1846.2.374)

5) Cass.Req. 10 févr.1868 (S.1868.1.149); Cass.Civ. 25 févr.1885 (J.S.1891 p.548 = D.1885.1.405); Cass. Req. 25 mai 1886 (S.1887.1.268)

auch gegenüber dem Konkursverwalter einer Gesellschaft, der als Vertreter der Gesellschaftsgläubiger angesehen wird. Der Kassationshof legt dar¹⁾, daß die Nichtigkeit einer Gesellschaft in einem solchen Fall Dritten, die mit der Gesellschaft Verträge abgeschlossen haben, keinesfalls entgegengehalten werden könne und dabei kein Unterschied zwischen gutgläubigen und bösgläubigen Dritten zu machen sei. Das Gericht fährt dann fort, daß die Nichtigkeit bösgläubigen Dritten nur entgegengehalten werden könne, wenn tatsächlich feststehe, daß sie sich an begangenen Betrugereien mitschuldig gemacht hätten²⁾. Aus den genannten Entscheidungen ist jedoch zu entnehmen, daß die Gesellschaft nur den Gesellschaftern gegenüber, die geschäftsunfähig sind, bzw. bei denen ein Mangel in der Willenserklärung bei Vertragsabschluß gegeben war, nicht als faktische Gesellschaft zu behandeln ist. Dagegen unterliegen die Beziehungen der übrigen Gesellschafter, bei denen ein solcher Mangel nicht vorliegt, den Regeln der *société de fait*.

6. Gesellschaften zwischen Ehegatten

Einen großen Raum in der einschlägigen Rechtsprechung der französischen Gerichte nehmen die Entscheidungen ein, die sich mit Gesellschaften befassen, die zwischen Eheleuten abgeschlossen wurden. Diese Gesellschaften sind - wie oben 2. Kap. § 1,3 schon ausgeführt - wegen Verstoßes gegen die art. 1395 und 1388 C.c. nichtig³⁾. Auch bei ihnen anerkennen die französischen Gerichte die Existenz einer *société de fait*, denn "die Nichtigkeit der Gesellschaft hindert nicht, daß die Gesellschaft

1) Cass. Req. 10 févr. 1868 (S. 1868.1.149 = D. 1868.1.379); Paris, 9 mai et 26 avr. 1877 (S. 1880.2.331)

2) Cass. Civ. 25 févr. 1885 (J.S. 1891 p. 548 = D. 1885.1.405)

3) Da sie zwar nichtig sind wegen dieses Gesetzesverstoßes, aber keinen verbotenen oder unsittlichen Charakter haben, wurden sie nicht unter 2) dieses Paragraphen behandelt.

zwischen Ehegatten - sofern sie ein an sich erlaubtes Ziel hat - faktische Beziehungen hervorbringt, ähnlich den rechtlichen, die die Existenz einer rechtmäßigen Gesellschaft begründen würden, und sie ist auch kein Hindernis dafür, daß eine Liquidation vorgenommen werden muß¹⁾. In diesem Sinne ergingen noch eine ganze Fülle von Entscheidungen²⁾. Die faktische Existenz der rechtlich nichtigen Gesellschaften kann jedoch Wirkungen nur in dem Maße erzeugen, als diese nicht gegen den ordre public verstoßen³⁾. So konnte sich eine Ehefrau nicht auf die faktische Existenz einer Gesellschaft mit ihrem Ehemann berufen, weil dieser etwas getan hat, wozu er im Rahmen des ehelichen Gewaltverhältnisses zwar berechtigt gewesen wäre, nicht aber als Gesellschafter. Und da gerade die Gesellschaften unter Ehegatten nichtig sind, weil das eheliche Gewaltverhältnis keinen Veränderungen durch das Gesellschaftsverhältnis unterworfen sein darf, konnte sich die Ehefrau in diesem Fall nicht auf die Anwendung der Regeln der *société de fait* berufen. Diese Entscheidung liegt auf der gleichen Ebene wie alle die Urteile, die bei der *société de fait* die Klauseln des Vertrages keine Anwendung finden lassen, auf die sich die Nichtigkeit der Gesellschaft gerade gründet⁴⁾.

1) Cass.Civ. 23 janv. 1912 (S. 1912.1.149 = D. 1912.1.481)

2) Cass.Civ. 7 mars 1888 (S. 1888.1.305 = D. 1888.1.349); Paris, 2 août 1899 (Journ. Trib. com. 1900 p. 401); Cass.Civ. 5 mai 1902 (S. 1905.1.41); Cass. Req. 11 avril et 19 mai 1906 (S. 1911.1.508); Cass.Civ. 3 juill. 1917 (S. 1921.1.201); Cass. Req. 1er févr. 1926 (D.H. 1926 p. 114); Cass. Req. 1er mars 1937 (J.C.P. 1937 I 261); Cass.Crim. 25 janv. 1950 (Gaz. Pal. 1950.1.364 = D.H. 1950 p. 212); Cass.Civ. 5 juin 1951 (D.H. 1952 Somm. 30)

3) Grenoble, 7 juill. 1950 (Gaz. Pal. 1950.2.225 = D.H. 1950 p. 727)

4) s.u. § 3,1 dieses Kapitels

§ 3 Folgen, die sich aus dem Begriff
société de fait ergeben

Welche Folgen hat nun die Anerkennung einer *société de fait* für eine mit einem Nichtigkeitsgrund behaftete Gesellschaft? Nach einer im französischen Schrifttum - vor allem von Hémard - vertretenen Auffassung soll der Begriff der *société de fait* sehr weit gefaßt werden und seine Grenze nur am einem Verstoß gegen den *ordre public* finden. Die Folgen der festgestellten Nichtigkeit sollen auf ein Minimum beschränkt werden. Die faktische Gesellschaft dient nach Hémard nicht nur dazu, in einzelnen Fällen eine billige Lösung herbeizuführen, vielmehr sei sie als wirkliche, wenn auch fehlerhafte Gesellschaft anzuerkennen. Sie soll dieselben Wirkungen äußern wie eine rechtmäßige Gesellschaft; sie soll als Vertrag gelten, dessen Wirkung aber nicht intern auf die Gesellschafter beschränkt ist, sondern auch Folgen im Hinblick auf außenstehende Dritte hat; sie soll die rechtliche Selbständigkeit erlangen. Die *société de fait* stellt bei Hémard also einen Vertrag dar und hat - wie jede rechtmäßige Gesellschaft im französischen Recht - die Rechtsfähigkeit¹⁾.

Andere Schriftsteller dagegen und vor allem die französische Rechtsprechung engen den Bereich der *société de fait* wesentlich ein. Danach findet sie ihre Begründung fast ausschließlich in der Macht der Tatsachen, sowie dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes und erscheint deshalb als praktische Hilfskonstruktion, die einen Bruch in den sonstigen allgemeinen Grundsätzen darstellt, im Grunde also systemfremd ist. Sie wird deshalb nur so weit anerkannt, als eben die Macht der Tatsachen dazu zwingt. Das führt dazu, daß die fehlerhafte Gesellschaft ihre Gültigkeit behält insofern sie Vertrag ist, aber sie kann dann nicht als Rechtsperson gelten;

1) Hémard a.a.O. n° 353

denn die juristische Persönlichkeit wird vom Gesetz nur gewährt als Funktion der Beachtung der einzelnen Errichtungsvorschriften. So verweigert die Cour d'Amiens¹⁾ einer nicht veröffentlichten, also fehlerhaften Handelsgesellschaft zwar die Prozeßfähigkeit, da sie nicht rechtsfähig sei, kommt jedoch nicht an der Tatsache vorbei, daß eine Liquidation vorgenommen werden muß. Die Gesellschaft in allen Fällen in der Vergangenheit sowohl als Vertrag wie als Rechtsperson aufrechtzuerhalten, das hieße - so sagt die Rechtsprechung - zu oft die rechtlichen Interessen opfern, die das Gesetz gerade zu schützen als Ziel hat. Welche Folgen ergeben sich nun daraus im einzelnen Falle für die Liquidation fehlerhafter Gesellschaften und damit für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und zu Dritten, sei es zu persönlichen Gläubigern einzelner Gesellschafter, sei es zu Gesellschaftsgläubigern?

1. Beziehungen der Gesellschafter untereinander

Die erste Folge davon, daß der faktischen Gesellschaft in der Vergangenheit vertragliche Wirksamkeit zuerkannt wird, ist die Tatsache, daß die Beziehungen der Gesellschafter irgendwie gelöst und abgewickelt werden müssen. In welcher Form und nach welchen Regeln dies zu geschehen hat, darüber herrscht bei den Gerichten keine Einigkeit. Es bieten sich drei Wege an, die in der Tat auch alle gegangen worden sind. Die am häufigsten benutzte Möglichkeit, die sich deshalb als herrschende Meinung herausgebildet hat, ist die, daß die Liquidation entsprechend den im Gesellschaftsvertrag dafür vorgesehenen Regeln vorgenommen wird. Es liegen Urteile aus frühester Zeit vor, die so entschieden haben. Bereits im Jahre 1844 erklärte nämlich der Kassationshof²⁾, daß im Falle der Nichtigkeit einer Handelsgesellschaft die gegenseitigen

1) Amiens, 28 déc. 1904 (J.S. 1906 p. 16)

2) Cass. Civ. 31 déc. 1844 (S. 1845.1.10 = D. 1845.1.75)

Beziehungen der Gesellschafter nicht nach dem allgemeinen Recht, sondern entsprechend den im Gesellschaftsvertrag getroffenen Übereinkünften geregelt werden müßten, da der Errichtungsakt einer Handelsgesellschaft in bezug auf die Gesellschafter seinen Charakter als Gesellschaftsgründung auch im Falle eines Errichtungsfehlers und daraus resultierender Nichtigkeit für alle vor Erhebung der Nichtigkeitsklage getätigten Geschäfte behalte. Im Jahre 1862 erging eine weitere Entscheidung des Kassationshofes in diesem Sinne¹⁾: "Die Nichtigkeit einer Handelsgesellschaft - sei es mangels Veröffentlichung, sei es wegen unerlaubter causa - läßt für die Vergangenheit die Interessengemeinschaft weiterbestehen, die zwischen den Gesellschaftern bestanden hat und die geregelt werden muß, indem man ihren gemeinsamen Willen als Grundlage nimmt. Als gemeinsamer Wille muß oder kann derjenige genommen werden, der aus den Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages selbst hervorgeht." Wenig später hat der Kassationshof bestimmt²⁾, daß die Liquidation und Teilung der Aktiven und Passiven der faktischen Gesellschaft auf der im für nichtig erklärten Gesellschaftsvertrag vereinbarten Basis stattfinden könne, wobei die Richter frei seien, in diesem Vertrag den Willen der Parteien und die Herkunft des gemeinschaftlichen Kapitals zu erforschen, um so zu einem billigen Ergebnis hinsichtlich der Teilung der Aktiven und Passiven zu gelangen. Von der Cour de Paris wurde dieses Problem wie folgt formuliert: "Die faktische Gesellschaft muß liquidiert werden entsprechend den Vereinbarungen des Vertrages über die Auflösung der Gesellschaft. Bei Fehlen einer klaren Vereinbarung müssen die Gerichte aus den Umständen des Falles erforschen, welches die wirklich vereinbarten Einlagen waren, und sie müssen sich fragen, ob nach der gemeinsamen Absicht der Parteien das volle Eigentum oder nur die Nutzung eines Vermögenstückes die Einlage des einen

1) Cass.Civ. 19 mars 1862 (S.1862.1.825); ebenso Cass.Req. 16 juill.1901 (D.1902.1.464 = S.1903.1.236)

2) Cass.Civ. 13 mai 1862 (D.1862.1.338)

oder anderen der Gesellschafter bilden sollte."¹⁾ Diesen Standpunkt, nämlich die besondere Berücksichtigung des Willens der Parteien, wie er im Vertrag niedergelegt wurde, haben die französischen Gerichte auch bis in die jüngste Vergangenheit beibehalten²⁾. Vor allem wurde diese Lösung bei solchen Gesellschaften ohne Ausnahme durchgeführt, deren Nichtigkeit aus der Nichtbeachtung von Form- oder Veröffentlichungsvorschriften herrührte. "Die Nichtigkeit hat in diesem Falle nur die Wirkung einer Auflösung. Sie hat keine andere Wirkung, als die Existenz einer Gesellschaft für die Zukunft aufhören zu lassen und von nun an im Hinblick der Gesellschafter zu Dritten eine neue Situation zu schaffen, die erst von dem Urteil, das sie feststellt, datieren kann - wenigstens mit Ausnahmen, die im einzelnen Fall begründet sind."³⁾ In einer früheren Entscheidung heißt es: "...soll die Liquidation wie im Falle einer Auflösung stattfinden, indem sie dem Gesellschaftsvertrag und den einzelnen Vorteilen Rechnung trägt."⁴⁾ Diese Lösung wurde aber auch bei Gesellschaften für richtig befunden, deren Nichtigkeitsgrund ein anderer war, z.B. bei Nichtigkeit der von einem Gesellschafter übernommenen Verpflichtung⁵⁾ oder bei Nichtigkeit wegen Gesetzesverstosses (Gesellschaft zwischen Apotheker und Nichtapotheker)⁶⁾ oder

1) Paris, 9 mai 1900 (J.S. 1901 p. 64); ebenso Douai, 11 juin 1900 (J.S. 1901 p. 299)

2) Cass. Civ. 5 janv. 1886 (S. 1886.1.241); Cass. Req. 15 janv. 1889 (S. 1891.1.196); Cass. Req. 28 mars 1898 (D. 1899.1.588); Cass. Req. 6 déc. 1910 (S. Somm. 1911.1.18 = D. 1912.1.473); Paris, 9 mai 1900 (J.S. 1901 p. 64); Douai, 11 juin 1900 (J.S. 1901 p. 299); Cass. Req. 19 juill. 1888 (S. 1891.1.59 = J.S. 1890 p. 428); Cass. Civ. 8 nov. 1904 (S. 1908.1.125); Rabat, 18 nov. 1933 (S. 1934.2.87 = D. 1935.2.30); Cass. Req. 25 avr. 1936 (S. 1937.1.285)

3) Cass. Req. 27 janv. 1920 (S. 1920.1.364)

4) Cass. Req. 15 janv. 1889 (S. 1891.1.196); Cass. Civ. 15 nov. 1892 (S. 1893.1.364); Cass. Req. 28 mars 1898 (D. 1899.1.588)

5) Cass. Req. 25 avr. 1936 (S. 1937.1.285); Rabat, 18 nov. 1933 (S. 1934.2.87 = D. 1935.2.30)

6) Paris, 27 mars 1862 (S. 1862.2.381); Nîmes 13 déc. 1919 (J.S. 1922 p. 64)

weil es zwischen Ehegatten keine Gesellschaften geben darf¹⁾ oder weil die Gesellschaft ein unerlaubtes Kartell darstellt²⁾.

In neuerer Zeit stellen einige Urteile vor allem bei Nichtigkeit wegen Gesetzesverstößes hinsichtlich der Liquidation weniger auf den Gesellschaftsvertrag ab, vielmehr wollen sie, daß eine b i l l i g e und g e r e c h t e Teilung der aus dem Geschäft hervorgegangenen Gewinne und Verluste stattfindet³⁾. Die Billigkeit und Gerechtigkeit stehen hier also im Vordergrund der gerichtlichen Erwägungen. Dieser zweite Weg, auf dem die Liquidation vorgenommen werden kann, gibt dem Richter die Möglichkeit, dann vom Gesellschaftsvertrag abzusehen, wenn ihm die dort vorgesehene Regelung unbillig und unbefriedigend erscheint. Jedoch wird eine billige Lösung am ehesten im Parteiwillen gefunden werden können, und dieser ist im Gesellschaftsvertrag niedergelegt, so daß der Unterschied dieser zweiten Lösungsart gegenüber der ersten in den meisten Fällen mehr theoretischer als praktischer Natur ist.

Die dritte vorhandene Möglichkeit ist die Liquidation der faktischen Gesellschaft nach den gesetzlichen Regeln ohne Rücksicht auf den Parteiwillen. In einem älteren Urteil hat der Kassationshof diese Möglichkeit mit der ersten verbunden, die Liquidation also sowohl nach den allgemeinen Rechtsvorschriften wie nach dem Gesellschaftsvertrag vorgenommen, indem er erklärte: "Die Liquidation muß nach den allgemeinen Rechtssätzen vorgenommen werden und gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, der auf diesen Prinzipien beruht."⁴⁾ Es sind je-

1) Paris, 2 août 1899 (Journ.Trib.com.1900 p.401); Cass. Req. 1er mars 1937 (J.C.P. 1937.1.261)

2) Bordeaux, 2 janv.1900 (D.1901.2.150 = S.1901.2.225)

3) Cass.Civ. 13 juill.1927 (S.1928.1.9); Angers, 13 mai 1929 (S.1931.2.1)

4) Cass.Req. 7 juill.1879 (S.1880.1.206 = D.1880.1.123)

doch auch bis in die jüngere Zeit Urteile ergangen, die eine Liquidation nur nach den gesetzlichen Regeln zulassen. So sollten bei einer für nichtig erklärten Gesellschaft zwischen Ehegatten die tatsächlichen Beziehungen geregelt werden, ohne daß sich einer auf Kosten des anderen bereichert, und "folglich habe jeder von ihnen das Recht, die Teilung der Aktiven und Passiven zu verlangen, die aus den gemeinsam gemachten Geschäften hervorgegangen sind, wobei diese Teilung entsprechend den Regeln des Rechts und der Gewohnheit in diesen Dingen stattfinden muß."¹⁾ Aus einem weiteren Urteil des Kassationshofs ist zu schließen, daß er die Liquidation gemäß der gesetzlichen Regelung vorgenommen haben will, indem er erklärt, daß alle Geldbeträge und Werte, die die Gesellschafter für Rechnung der Gesellschaft erhalten, auch bei einer *société de fait* gemäß art. 1846 C.c. von dem Tage an verzinslich sind, an dem sie der Gesellschafter erhalten hat²⁾.

Die erstgenannte Möglichkeit der Anwendung des Gesellschaftsvertrages konnte naturgemäß auch nicht durchgeführt werden in Fällen, in denen überhaupt kein Gesellschaftsvertrag - nicht einmal ein fehlerhafter - vorhanden war, sondern die gesellschaftliche Bindung nur aus dem Verhalten der Beteiligten zu folgern war. Hier wird also nicht ausdrücklich ein Gesellschaftsvertrag geschlossen, vielmehr zeugt die Haltung der Beteiligten von dem Willen, ihre Arbeitskraft oder ihr Vermögen zusammenzulegen mit dem Ziel, den daraus entstehenden Gewinn zu teilen. Die Theorie stellt dieses Gebilde als *société créée de fait* der *société de fait*, bei der ausdrücklich ein wenn auch fehlerhafter Gesellschaftsvertrag geschlossen wurde, gegenüber. Die Besonderheiten, die sich bei der *société créée de fait* ergeben, sollen später in einem

1) Cass.Civ. 7 mars 1888 (S.1888.1.305 = D.1888.1.349) und Cass.Civ. 5 mai 1902 (S.1905.1.41); Cass.Civ. 3 juill.1917 (S.1921.1.201)

2) Cass.Civ. 14 févr.1927 (D.H. 1927 p.182 = J.S.1928 p. 531)

gesonderten Abschnitt dargestellt werden¹⁾. Hier sei nur vorweggenommen, daß die Liquidation bei der société créée de fait nach den gesetzlichen Bestimmungen vorgenommen wird²⁾, da es ja nicht möglich ist, sich auf einen Gesellschaftsvertrag zu stützen.

In Fällen, in denen zwar ein Gesellschaftsvertrag vorliegt, aber über die Art der Liquidation keine Vereinbarung getroffen wurde, wird der Anteil eines jeden Gesellschafters an Gewinn und Verlust ebenfalls entsprechend dem allgemeinen Recht bestimmt (art. 1853 C.c.)³⁾. Dies gilt naturgemäß auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag nur über die Beteiligung der Gesellschafter am Gewinn, nicht aber am Verlust Vereinbarungen enthält. Der Appellationshof von Nîmes erklärte anläßlich der Entscheidung eines solchen Falles⁴⁾: "Bei Fehlen von jeder Vereinbarung über Teilnahme oder Nichtteilnahme eines Gesellschafters an den Verlusten des Unternehmens würde die Verlustbeteiligung durch art. 1853 C.c. bestimmt." - Abschließend ist zu der Art der Liquidation zu sagen, daß der Kassationshof meistens den Gesellschaftsvertrag als Grundlage anwendet, sofern dem keine besonderen Gründe entgegenstehen. Im übrigen hängt es vom Willen des einzelnen Richters ab, wie er die Liquidation vornehmen will. Er kann alle drei Wege gehen, denn er kann sich immer auf ein Urteil des Kassationshofs zur Rechtfertigung seiner Ansicht stützen.

Aus der Tatsache, daß bei den sociétés de fait die Liquidation in der Regel entsprechend dem Gesellschaftsvertrag vorzunehmen ist, dieser also als in der Vergangenheit wirksam angesehen wird, zog die Rechtsprechung

1) S.u. § 4 dieses Kapitels

2) Vgl. z.B. Trib. Comm. de Nantes, 6 mars 1922 (J.S. 1923 p. 286)

3) Trib. Comm. de Nantes, 6 mars 1922 (J.S. 1923 p. 286) und Cass. Req. 3 août 1936 (Gaz. Pal. 1936.2.698)

4) Nîmes, 13 déc. 1919 (J.S. 1922 p. 64); ebenso Cass. Req. 3 août 1936 (Gaz. Pal. 1936.2.698)

eine Reihe Konsequenzen. So hat der Kassationshof¹⁾ den im Gesellschaftsvertrag, der wegen eines Formfehlers nichtig war, vorgesehenen Vorteilen für einzelne Gesellschafter bei der Liquidation Rechnung getragen. Die im Vertrag über diesen Punkt getroffene Vereinbarung war also als gültig angesehen worden, wobei selbstverständlich davon auszugehen ist, daß die Vorteile sich im Rahmen des vom Gesetz Erlaubten bewegen. In einem anderen Fall wurde eine Zivilgesellschaft in eine Aktiengesellschaft umgewandelt. Die Inhaber von Obligationen dieser Zivilgesellschaft wurden nach dem Gesellschaftsvertrag Aktionäre. Als der Kassationshof den Gesellschaftsvertrag wegen eines Formfehlers für nichtig erklärte²⁾, wurden diese dadurch nicht etwa wieder in den früheren Zustand versetzt und wieder Inhaber von Obligationen, sondern sie blieben Aktionäre der faktischen Gesellschaft. - Ferner läßt die Nichtigkeitserklärung einer Gesellschaft wegen Nichtbeachtung von Errichtungsvorschriften die vor der Nichtigkeitserklärung von dieser Gesellschaft errichtete Hypothek bestehen³⁾. - Eine Verpflichtung, die ein Gesellschafter einging, verpflichtet den anderen gesamtschuldnerisch, auch nachdem sich herausstellt, daß ihre Gesellschaft nicht rechtmäßig errichtet worden war und deshalb nur eine faktische ist⁴⁾. - Während im Jahre 1831 die Cour Royale de Paris⁵⁾ bei Nichtigkeit eines Gesellschaftsvertrages wegen eines Veröffentlichungsfehlers auch die sog. Reugeldklausel für nichtig erklärte, die für den

-
- 1) Cass.Rq. 15 janv.1889 (S.1891.1.196 = D.1890.1.471)
 - 2) Cass.Rq. 19 juill. 1888 (D.1889.1.345 = S.1891.1.59 = J.S. 1890 p. 428)
 - 3) Cass.Rq. 19 mars 1946 (J.C.P. 1946 II 3125)
 - 4) Cass.Rq. 12 mai 1925 (S.1927.1.331 = J.S.1927 p.650) und auch Cass.Rq. 28 avr. 1913 (S.1913.1.564); Cass. Req. 26 mai 1913 (S.1913.1.565 = J.S. 1914 p.206); Lyon, 22 avr.1922 (J.S. 1922 p.409)
 - 5) Paris, 23 déc. 1831 (S.1832.2.57). Nur der Antrag eines Gesellschafters auf Nichtigkeitserklärung einer Handelsgesellschaft mangels Veröffentlichung kann keine Schadensersatzansprüche der anderen Gesellschafter gegen ihn auslösen: Cass.Rq. 23 déc. 1844 (S.1846.1.558)

Fall vereinbart wurde, daß sich einer der Gesellschafter vor dem vereinbarten Termin von der Gesellschaft zurückziehen möchte, und der Kassationshof im Jahre 1853 noch entschied¹⁾, daß die Strafklausel, die einen Gesellschafter trifft, der während der Gesellschaftsdauer sich direkt oder indirekt an einem Konkurrenzunternehmen beteiligt, keine Anwendung finden könne, wenn die Gesellschaft aus irgendeinem Grunde für nichtig erklärt wird, da man den nichtigen Vertrag nicht den Gesellschaftern gegenüber, die ihn verletzt haben, anwenden könne, hat der Kassationshof bereits im Jahre 1879²⁾ in einem solchen Fall die vereinbarte Strafklausel als wirksam angewandt. In den ersten beiden Fällen wurde den Besonderheiten der faktischen Gesellschaft also noch nicht Rechnung getragen. - Eine in Übereinstimmung mit dem Gesellschaftsvertrag erfolgte Auflösung der Gesellschaft, bevor diese für nichtig erklärt wurde, war als gültig angesehen worden³⁾. - Mehrmals wurde entschieden, daß die Punkte des Vertrages, die sich auf die Teilung der Gewinne und Verluste beziehen, Anwendung finden müssen. Um eine Gleichheit unter den Gesellschaftern herzustellen und eine gerechte Verteilung der Aktiven und Passiven zu ermöglichen, verlangte der Kassationshof deshalb einmal von den Parteien⁴⁾, daß sie ihre Gesellschaftseinlagen vervollständigen. Er erklärte, daß dies keine Verkenning der rechtlichen Folgen der Nichtigkeit der Gesellschaft bedeute. Auch stellte er einmal fest, daß bei Nichtigkeit einer Gesellschaft - wegen Nichtigkeit der von einem Gesellschafter übernommenen Verpflichtung - die Gesellschafter ihre Einlagen nicht zurücknehmen können, diese vielmehr in der gemeinsamen Masse bleiben und zur Abwicklung der getätigten Geschäfte dienen müssen⁵⁾. Der Appellationshof von Nîmes erklärte einmal, daß bei der Liquidation

1) Cass.Civ. 4 janv.1853 (S.1853.1.111)

2) Cass.Req. 7 juill.1879 (S.1880.1.206 = D.1880.1.123)

3) Strasbourg, 18 oct.1923 (J.S.1925 p.441)

4) Cass.Civ. 19 mars et 13 mai 1862 (S.1862.1.825)

5) Cass.Req. 25 avr.1936 (S.1937.1.285)

tion der (nichtigen) Gesellschaft die Tatsache berücksichtigt werden müsse, daß einer der Gesellschafter seine Gesellschaftseinlage nicht bewirkt hätte und dadurch seine Mitgesellschafter im Nachteil seien¹⁾). Dagegen erklärte der Kassationshof bei anderer Gelegenheit: "Ein Gesellschafter darf weder gezwungen werden, einen wegen Nichtbeachtung von Formvorschriften nichtigen Vertrag zu erfüllen, noch dafür einen Schaden erleiden, daß er sich weigerte, die Verpflichtungen zu erfüllen, die ihm dieser Vertrag auferlegte."²⁾

Nur in einigen wenigen Fällen lassen die französischen Gerichte den von den Parteien abgeschlossenen Vertrag keine Anwendung finden. Dies ist vor allem bei den unerlaubten, gegen das Gesetz verstoßenden Klauseln des Vertrages der Fall³⁾). Dazu gehören insbesondere die Punkte eines Vertrages, in denen gerade der Grund für die Nichtigkeit des Vertrages liegt. Dies hat der Kassationshof in einem Fall entschieden, in dem ein Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag von der Erbringung seiner Einlage praktisch entbunden wurde. Der Kassationshof führt hier wörtlich aus⁴⁾: "Wenngleich es ein Rechtsprinzip ist, daß nach Nichtigerklärung einer Gesellschaft die société de fait, die zwischen den Gesellschaftern bestanden hat, entsprechend den Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages liquidiert werden kann, so gilt dies nicht bezüglich der Vertragsklauseln, die dem Gesetz widersprechen und die Nichtigkeit der Gesellschaft gerade herbeiführen. Diese Klauseln können die für nichtig erklärte Gesellschaft nicht überleben." Dieser Grundsatz kann auch einem Urteil des Kassationshofs aus dem Jahre 1889 entnommen werden⁵⁾). Weiter gehören

1) Nîmes, 13 déc. 1919 (J.S. 1922, p. 64)

2) Cass. Req. 28 déc. 1910 (J.S. 1911, p. 358)

3) Cass. Req. 6 déc. 1910 (S. Somm. 1911.1.18 = D. 1912.1.473)

4) Cass. Civ. 22 nov. 1869 (S. 1870.1.55 = D. 1870.1.23);
vgl. auch Cass. Civ. 13 juill. 1927 (S. 1928.1.9)

5) Cass. Req. 15 janv. 1889 (S. 1891.1.196 = D. 1890.1.471)

hierher die Vertragsbestimmungen, die zwar nicht selbst die Nichtigkeit der Gesellschaft herbeiführten, aber trotzdem gegen ein Postulat des ordre public verstoßen¹⁾. Der Kassationshof hat in diesem Urteil nochmals eindeutig festgestellt: "Eine für nichtig erklärte Gesellschaft muß, nachdem sie faktisch existent war, unter den Gesellschaftern auf der Grundlage der Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages liquidiert werden, jedoch unter Ausschluß der Vereinbarungen, die dem Gesetz widersprechen." Auch dürfen in der Aktivmasse nicht solche Werte sein, die aus Vereinbarungen herrühren, deren Nichtigkeit absolut ist. Der Kassationshof hat dies in einem Grundsatzurteil anläßlich eines Falles entschieden, in dem der Liquidator einer faktischen Gesellschaft das remède secret, das ein Gesellschafter eingebracht hatte, an den Meistbietenden versteigerte. Das Gericht erklärte, in diesem Fall müßten die Gesellschafter zuerst ihre Einlagen zurückerhalten, d.h. der Einbringende erhält sein remède secret vorweg zurück, da dieses nicht in eine Gesellschaft eingebracht werden durfte und folglich auch nicht an der Liquidation teilnehmen konnte²⁾. Ferner verwirft die Rechtsprechung die Anwendung der Vertragsbestimmungen, denen die Fehlerhaftigkeit bzw. Nichtigkeit der Gesellschaft jeden Wert raubt, weil die Lage, für die sie geschaffen worden sind, nicht mehr eintreten kann und sie deshalb keinen Sinn mehr haben, z.B. wenn ein vertragliches Reuegeld für den Fall ausbedungen wurde, daß einer der Gesellschafter sich von der Gesellschaft vor dem vereinbarten Zeitpunkt zurückziehen würde³⁾. Diese Klausel verliert ihren Sinn, wenn die Gesellschaft wegen eines Fehlers in der Veröffentlichung für nichtig erklärt und nun als faktische Gesellschaft liquidiert wird; sie kann dem Gesellschafter, der sich auf die Nichtigkeit

1) Cass.Civ. 8 nov.1904 (S.1908.1.125) = D.1905.1.34)

2) Cass.Civ. 13 juill.1927 (S.1928.1.9) und auch Angers, 13 mai 1929 (S.1931.2.1); Paris, 16 juin 1934 (J.S. 1937 p.158)

3) Paris, 23 déc. 1831 (S.1832.2.57)

beruft, nicht entgegengehalten werden. Dasselbe gilt von einer Vertragsklausel, die einen Kommanditisten verpflichtet, den Betrag seiner Kommanditeinlage während einer bestimmten Zeit in der Gesellschaftskasse zu lassen. Auch diese Bestimmung verliert ihren Sinn im Nichtigkeitsfalle der Gesellschaft und bleibt dann außer Anwendung.¹⁾ Endlich haben die französischen Gerichte noch mehrmals entschieden, daß eine Vertragsklausel, die es den Gesellschaftern erlaubt, Schadensersatz von demjenigen von ihnen zu verlangen, der auf Nichtigkeit der Gesellschaft klagt, nicht berücksichtigt werden dürfe und im Falle der Nichtigkeit der Gesellschaft ihre Wirksamkeit verliere²⁾. In einem späteren Urteil³⁾ drückt es der Kassationshof wie folgt aus: "Ein Gesellschafter, der auf Nichtigkeit der Gesellschaft (hier: wegen fehlerhafter Veröffentlichung) klagt, übt ein Recht aus, auf das er nicht verzichten kann, und kann folglich nicht auf Schadensersatz verurteilt werden, weder wegen der Klage auf Nichtigkeit, noch wegen seiner Weigerung, seinen Verpflichtungen aus dem für nichtig erklärten Vertrag nachzukommen⁴⁾".

2. Das Verhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten

Bei der Prüfung und Darlegung des Verhältnisses, in dem sich die faktische Gesellschaft Dritten gegenüber befindet, wird in der französischen Rechtslehre und Rechtsprechung genau unterschieden zwischen den Beziehungen der Gesellschaftsgläubiger zu der Gesellschaft selbst oder zu den Gesellschaftern, ferner zwischen den Beziehungen der Gesellschaftsgläubiger untereinander und endlich zwischen den Beziehungen der Gesellschaftsgläubiger zu den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter.

1) Cass.Req. 28 mars 1898 (D.1899.1.588)

2) Cass.Req. 23 déc.1844 (S.1846.1.558)

3) Cass.Civ. 1er févr. 1881 (S.1883.1.415 = D.1882.1.21)

4) Ebenso: Cass.Req. 21 juill. 1885 (S.1885.1.448) und Cass.Req. 28 déc.1910 (J.S.1911 p.358)

Von dem Gedanken ausgehend, daß sich die Gesellschafter im Hinblick auf die Gesellschaftsgläubiger nicht auf ihre eigenen Fehler stützen dürfen, hat der Gesetzgeber auf dem Gebiet der Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Gesellschaft mit beschränkter Haftung¹⁾ bestimmt, daß die Gesellschafter sich Dritten gegenüber nicht auf die Nichtbeachtung von Veröffentlichungsvorschriften berufen können²⁾, die Gesellschaftsgläubiger vielmehr ein Wahlrecht haben. Sie können die Gesellschaft entweder als gültig ansehen oder sich auf die Nichtigkeitserklärung stützen. Diese durch art. 7 et 58 de la loi de 1867 aufgestellten Regeln wurden verallgemeinert, und die Rechtsprechung steht heute auf dem Standpunkt, daß die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern die Nichtigkeit nicht entgegenhalten können, sondern die Gesellschaftsgläubiger allgemein das Recht haben, entweder die Gültigkeit der Gesellschaft oder deren Nichtigkeit zu wählen³⁾. Dabei ist es auch unerheblich, ob der betreffende Gesellschaftsgläubiger den Fehler kannte oder nicht⁴⁾. Dritter, dem die Nichtigkeit nicht entgegengehalten werden kann, kann auch eine aus denselben Gesellschaftern wie die nichtige Gesellschaft bestehende neue Gesellschaft sein, da die beiden Gesellschaften vollkommen selbständige und unabhängige Persönlichkeiten sind⁵⁾. Wenn sich ein Dritter auf die Gültigkeit der Gesellschaft beruft, kann er auch den Konkurs dieser Gesellschaft beantragen, sofern die Voraussetzungen

-
- 1) Vgl. art. 58 de la loi du 24 juill. 1867, modifiée par décret-loi du 30 oct. 1935 et art. 7 de la loi de 1867 et art. 9, 14 de la loi du 7 mars 1925
 - 2) Vgl. auch Cass. Civ. 12 nov. 1894 (S. 1897.1.117 = D. 1895.1.38)
 - 3) Cass. Civ. 16 nov. 1887 (S. 1888.1.369); Paris, 24 janv. 1888 (S. 1890.2.147); Cass. Req. 5 juill. 1900 (S. 1904.1.190); Cass. Civ. 18 juill. 1906 (D. 1908.1.27); Nancy, 10 déc. 1924 (J.S. 1925 p. 649 = D. 1925.2.95); Cass. Req. 4 juill. 1935 (S. 1937.1.300)
 - 4) Cass. Civ. 25 févr. 1885 (D. 1885.1.405 = J.S. 1891 p. 548)
 - 5) Cass. Civ. 31 déc. 1889 (S. 1892.1.454 = D. 1890.1.253); Paris, 2 août 1899 (Journ. Trib. comm. 1900 p. 401)

dazu vorliegen; denn auch eine faktische Gesellschaft kann in Konkurs fallen¹⁾ und hat bei einer faktischen OHG den Konkurs aller Gesellschafter zur Folge²⁾. Dritter ist jedoch nur ein Gläubiger der Gesellschaft oder ein persönlicher Gläubiger eines Gesellschafters bzw. der Rechtsnachfolger eines solchen Gläubigers. Beliebigen Dritten kann das Nichtigkeitsurteil auch von den Gesellschaftern entgegengehalten werden, da es insofern absolute Wirkung hat³⁾.

Falls ein Gläubiger sich für die Nichtigkeit der Gesellschaft entscheidet, erhebt sich die Frage, in welchem Umfang er auf die einzelnen Gesellschafter Rückgriff nehmen kann, insbesondere ob die Gesellschafter persönlich und unbegrenzt für die Zahlung der Gesellschaftsschulden haften. Falls diese Frage bejaht würde, wäre die faktische Gesellschaft immer als offene Handelsgesellschaft anzusehen. In der Tat wurde diese rigorose Lösung früher von einigen Gerichten vertreten. So hat die Cour de Paris⁵⁾ einmal die Gesellschafter einer nichtigen Kommanditgesellschaft wie Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft behandelt, also unbeschränkt für alle Gesellschaftsschulden haftbar erklärt. Die Masse der Gerichte lehnt heute jedoch diesen Standpunkt ab. Sie weisen der faktischen Gesellschaft keinen einheitlichen Typ von unveränderlicher Form zu, sondern erkennen jedem Gesellschaftstyp eine faktische Existenzmöglichkeit zu und behandeln ihn entsprechend. Es gibt also faktische offene Handelsgesellschaften, faktische Kommanditgesellschaften, faktische Zivil- und Handelsgesellschaften usw. Dies folgt auch eigentlich aus der Tatsache, daß grund-

-
- 1) Cass.Req. 5 juill. 1900 (S. 1904.1.190); Cass.Civ. 23 janv. 1912 (S. 1912.1.148); Cass.Civ. 3 avr. 1895 (S. 1897.1.118); Cass.Req. 24 juill. 1933 (S. 1934.1.294); Cass.Req. 20 mars 1935 (S. 1935.1.209); Paris, 29 juill. 1935 (Gaz. Pal. 1935.2.724)
 - 2) Cass.Civ. 26 févr. 1913 (S. 1913.1.134)
 - 3) Cass.Req. 16 mai 1938 (S. 1939.1.292)
 - 4) Paris, 12 déc. 1861 (Journ.Trib.comm. 1862 p.46)

sätzlich der Gesellschaftsvertrag der nichtigen Gesellschaft so weit wie möglich angewandt wird. Schon im Jahre 1859 hat der Kassationshof diese Ansicht vertreten¹⁾, als er betonte, daß bei einer Kommanditgesellschaft die Kommanditisten durch die Nichtigerklärung der Gesellschaft nicht zu offenen Handelsgesellschaftern würden. Auch die Cour de Paris hat schon ein Jahr später ihre gegenteilige Ansicht aufgegeben und sich klar zur nunmehr vollkommen herrschenden Ansicht bekannt, wenn sie ausführte: "Ein Kommanditgesellschafter kann sich Dritten gegenüber die Nichtigkeit der Gesellschaft wegen eines Verstoßes gegen Veröffentlichungsvorschriften nicht zunutze machen, um von der Erbringung seiner Einlage loszukommen; aber der Kommanditist, der sich nie ins Geschäft eingemischt hat, kann Dritten gegenüber nicht für unbeschränkt haftbar angesehen werden, selbst wenn die Auszüge des Gesellschaftsvertrages, die in den Tageszeitungen veröffentlicht wurden, den Betrag der Kommanditeinlage nicht erkennen ließen."²⁾ In diesem Sinne ergingen eine Menge weitere Urteile³⁾. So hat der Kassationshof auch einmal eine faktische stille Gesellschaft anerkannt⁴⁾, als er einen Dritten ernannte, der zwischen den Mitgliedern der faktischen stillen Gesellschaft eine Abrechnung machen sollte. Die Gerichte betonen aber in all diesen Fällen immer, daß sich die Gesellschaft in dieser Form des Gesellschaftsvertrages Dritten gegenüber vorgestellt haben müsse. Dies ist dann einfach, wenn die Gesellschaft - wenn auch fehlerhaft - veröffentlicht wurde. Dann mußten Dritte es wissen, daß die Gesellschaft in der im Vertrag vorgesehenen Form auftreten wollte. Schwieriger ist es,

1) Cass.Reg. 28 févr. 1859 (D. 1859.1.408)

2) Paris, 29 janv. 1863 (D. 1863.2.38)

3) Z.B. Cass.Civ. 16 nov. 1887 (S. 1888.1.369); Rouen 30 mars 1885 zit. unter Cass.Civ. 16 nov. 1887; Paris, 24 janv. 1888 (S. 1890.2.147); Cass.Civ. 3 avr. 1895 (S. 1897.1.118); Cass.Reg. 28 mars 1898 (D. 1899.1.588); Paris, 29 juill. 1935 (Gaz. Pal. 1935.2.724)

4) Cass.Reg. 10 déc. 1895 (S. 1899.1.518) u. vgl. dazu BGH in NJW 53/818 (820) = BGHZ 8/157 (167)

wenn die Förmlichkeiten der Veröffentlichung ganz unterlassen worden sind. In diesem Falle ist das tatsächliche Auftreten der Gesellschaft gegenüber den Dritten maßgebend, wobei die Offenkundigkeit Vorrang vor dem Vertrag hat¹⁾. Folglich haftet ein Gesellschafter gesamtschuldnerisch für von der Gesellschaft eingegangene Verpflichtungen, wenn das Handelsgeschäft unter einer Gesellschaftsfirma ausgeübt wurde mit einem der Öffentlichkeit mitgeteilten Gesellschaftssitz und der Name des betreffenden Gesellschafters in der Gesellschaftsfirma enthalten war²⁾.

3. Beziehungen der Gesellschaftsgläubiger untereinander

Auch hier erheben sich mannigfache Fragen, wobei die wichtigste ist, ob sich ein Gläubiger der Gesellschaft auf die Nichtigkeit gegenüber anderen Gesellschaftsgläubigern stützen kann, wenn er die Gesellschaft in seinen Beziehungen zu den Gesellschaftern für gültig hält. Dies wird in Rechtsprechung und Rechtslehre abgelehnt. Ein Gläubiger kann die Gesellschaft den Gesellschaftern gegenüber nicht für gültig halten und sich den anderen Gesellschaftsgläubigern gegenüber auf die Nichtigkeit stützen. Diese Lösung wurde erst neulich von der Chambre des requêtes des Kassationshofs wiederum bestätigt in einem Urteil³⁾, das erklärte, daß den Gesellschaftsgläubigern, die Inhaber einer Zwangshypothek sind, die von der Gesellschaft vorher schon den Inhabern von Obligationen bewilligte Hypothek entgegeng gehalten werden könne. Die Begründung des Gerichtshofes gipfelt in den Sätzen: "Der Beteiligte kann die Eigenschaft als Gesellschaftsgläubiger nur insoweit für sich in Anspruch nehmen, als er die Gesellschaft für wirksam hält; denn einzig ein Rechtssubjekt kann sich wirksam verpflichten. Indem sich

1) Cass.Req. 19 nov. 1935 (S.1937.1.285)

2) Lyon, 22 avr. 1921 (J.S. 1922 p.409); vgl. auch S.44 Anm.4

3) Cass.Req. 16 mars 1946 (J.C.F. 1946. II 3125)

der Betreffende folglich auf seine Eigenschaft als Gesellschaftsgläubiger stützt, hat er zugleich anerkannt, daß diese sich ihm gegenüber gültig verpflichten konnte, und es wäre ein Widerspruch seinerseits, wenn er behaupten würde, daß die Gesellschaft sich den anderen Gläubigern gegenüber nicht gültig verpflichtet habe."

4. Beziehungen zwischen den persönlichen Gläubigern der Gesellschaft und der faktischen Gesellschaft

Auch hier sind vor allem die Fragen zu entscheiden, ob sich die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter auf die Existenz der faktischen Gesellschaft berufen können und umgekehrt, ob die faktische Gesellschaft ihnen als bestehend entgegengehalten werden kann. Dabei ist einhellige Ansicht, daß sich die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter auf das Bestehen der faktischen Gesellschaft berufen können, da sie ein schutzwürdiges Interesse daran haben, daß die Liquidation der faktischen Gesellschaft einen Gewinn abwirft; sie können weiter auch an der Folge der Nichtigkeit von Sicherheiten am Gesellschaftsvermögen, die die Gesellschaft bestellt hatte, und an einem späteren Verkauf dieses Vermögens interessiert sein¹⁾.

Wie ist es aber umgekehrt? Können die Mitgesellschafter den persönlichen Gläubigern des anderen Gesellschafters die Existenz der faktischen Gesellschaft entgegenhalten? Dieses Problem wird dann aktuell, wenn der schuldnerische Gesellschafter ein Grundstück in die Gesellschaft eingebracht hat. Wenn sich nämlich die Gesellschafter in diesem Fall auf die Existenz einer faktischen Gesellschaft berufen können, können sie die persönlichen Gläubiger eines von ihnen zwingen, das Ergebnis der Teilung abzuwarten, da die persönlichen Gläubiger nur das Vermögen pfänden können, das zum Anteil ihres Schuldners gehört²⁾. Das hat besonders zur Folge, daß die Hypothe-

1) Cass.Civ. 7 juin 1904 (S.1905.1.8 = D. 1904.1.455)

2) So Amiens, 28 déc. 1904 (J.S.1906 p.16)

kengläubiger zu sog. "schriftlichen Gläubigern" herabsinken, wenn ihr Schuldner bei der Teilung nur Bargeld oder bewegliche Sachen erhält, und dies selbst dann, wenn er ein Grundstück in die Gesellschaft eingebracht hatte. Zur gegenteiligen Lösung kommt man dann, wenn man hinsichtlich der persönlichen Gläubiger der Gesellschafter die Gesellschaft als niemals bestanden ansieht. Deshalb verweigern die Gerichte den Gesellschaftern das Recht, sich gegenüber den persönlichen Gläubigern eines von ihnen auf die Existenz einer faktischen Gesellschaft zu berufen, wie der Kassationshof im Jahre 1890 entschieden hat¹⁾. Wenig später, im Jahre 1893, drückte der Kassationshof dies so aus: "Eine Gesellschaft behält, obgleich sie für nichtig erklärt worden ist, ihre Wirksamkeit für die Vergangenheit nur zwischen den Vertragschließenden. Folglich kann eine im Laufe der faktischen Existenz der Gesellschaft durch einen Gesellschafter einem Dritten gegenüber vorgenommene Zession von seinen 'Rechten, Anteilen und Zinsen' an dieser Gesellschaft, im Falle der Nichtigerklärung der Gesellschaft dem persönlichen Gläubiger dieses Gesellschafters nicht entgegengehalten werden, vor allem nicht, wenn die Einlage dieses Gesellschafters ausschließlich in Grundstücken bestand, die mit einer Zwangshypothek des Gläubigers belastet waren."²⁾ Nachdem die Gesellschaft für nichtig erklärt wurde, wurde die Einlage eines jeden Gesellschafters wieder zum Pfand seiner persönlichen Gläubiger, die besonders ihre Hypotheken auf den eingebrachten Grundstücken geltend machen konnten. Die Grundstücke wurden so behandelt, als ob sie niemals aus dem Vermögen des Einbringenden herausgelangt wären. Die für nichtig erklärte Gesellschaft behält ihre Wirkungen für die Vergangenheit nur hinsichtlich der Liquidation der Gesellschafter, nicht jedoch hinsichtlich

1) So wohl Cass.Req. 25 mars 1890 (S.1892.1.126 = D.1890.1.475) und vor allem Nancy, 10 déc.1924 (J.S.1925 p.649 = D. 1925.2.95)

2) Cass.Req. 14 avr.1893 (J.S. 1894 p.68 = D.1894.1.91)

der Beziehungen zwischen den Gesellschaftern und ihren gegenseitigen Gläubigern. In diesen Beziehungen muß man die Dinge so ansehen, als ob niemals eine Gesellschaft bestanden hätte.¹⁾

5. Beziehungen zwischen Gesellschaftsgläubigern und persönlichen Gläubigern der Gesellschafter

Nachdem die französische Rechtsprechung es den Gesellschaftern nicht gestattet, dem Gläubiger eines von ihnen die faktische Existenz der Gesellschaft entgegenzuhalten, bleibt als letztes zu klärendes Problem, ob die Gesellschaftsgläubiger den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter die faktische Gesellschaft entgegenhalten können oder m.a.W., welche von diesen beiden Gläubigergruppen den Vorrang vor der anderen hat. Es muß also untersucht werden, ob in diesem Konfliktfall, der viel häufiger ist als derjenige zwischen den persönlichen Gläubigern eines Gesellschafters und dessen Mitgesellschaftern, die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens die Nichtigerklärung der Gesellschaft überdauert. Um das Ergebnis vorwegzunehmen, die Cour de Cassation hat den Konflikt zugunsten der persönlichen Gläubiger der Gesellschafter entschieden²⁾, was eine Zurückdrängung der von Hémaré geforderten weiten Anwendung des Begriffs der société de fait bedeutet. Der Gerichtshof hat entschieden, daß die Gesellschaftsgläubiger den für das Gesellschaftsvermögen erzielten Verkaufserlös nicht bevorzugt vor den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter beanspruchen können³⁾, vielmehr die Teilnahme der persönlichen Gläubiger der Gesellschafter an der Teilung dulden müssen. Auch dürfen von dieser Verteilung nicht

1) So Cass. Req. 20 nov. 1901 (S. 1904.1.22 = D. 1907.1.217) und Paris, 26 déc. 1913 (J.S. 1917 p. 195); a.A. Amiens, 28 déc. 1904 (J.S. 1906 p. 16)

2) Cass. Req. 14 nov. 1887 (S. 1890.1.153 = D. 1889.1.205)

3) Cass. Civ. 7 août 1893 (S. 1894.1.260); Rennes 6 mars 1869 (S. 1869.2.254 = D. 1870.2.224); Nancy, 10 déc. 1924 (J.S. 1925 p. 649 = D. 1925.2.95)

die Gesellschaftsgewinne, die im Anteil des schuldnerischen Gesellschafters enthalten sind, ausgenommen werden¹⁾, d.h. die Nichtbevorzugung der Gesellschaftsgläubiger gilt nicht nur hinsichtlich der in die Gesellschaft eingebrachten Vermögensstücke, sondern auch bezüglich des Vermögens, das die Gesellschaft seit ihrer Errichtung erlangt hat. Die Liquidation muß in diesem Fall auch proportional dem Wert der Einlagen von jedem Gesellschafter und nicht auf der durch den Vertrag festgesetzten Grundlage erfolgen²⁾. Ferner können die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte betreiben, die eine Einschränkung des ihnen haftenden Vermögens zur Folge hätten, z.B. Veräußerungen oder die Bestellung dinglicher Rechte³⁾. Wörtlich führt der Kassationshof aus⁴⁾: "Die persönlichen Gläubiger eines Gesellschafters haben das Recht, die Nichtigkeit einer Gesellschaft wegen fehlender rechtmäßiger Veröffentlichung und - als Folge daraus - die Nichtigkeit einer von der Gesellschaft bestellten Sicherheit am Geschäftsvermögen, sowie die Nichtigkeit eines späteren Verkaufs dieses Geschäftsvermögens zu verfolgen." Endlich hat der Kassationshof auch entschieden, daß sich die persönlichen Gläubiger einem Feststellungsurteil widersetzen können, das über eine faktische Gesellschaft den Konkurs eröffnet hat; denn die Konkurseröffnung über die faktische Gesellschaft würde den Gesellschaftsgläubigern ein Vorzugerecht auf die Gesellschaftsaktiven verleihen, würde also die persönlichen Gläubiger eines Gesellschafters benachteiligen. Die persönlichen Gläubiger können in diesem Fall die Aufhebung des Feststellungsurteils begehren bzw. wenn es noch gar nicht erlassen ist, intervenieren, um zu erreichen, daß es nicht ergeht⁵⁾. Eine weitere Folge der Nichtbevorzugung der Gesellschaftsgläubiger gegen-

1) Cass.Civ. 13 févr.1855 (D.1855.1.308)

2) So ebenfalls die zwar schon alte Entscheidung Cass.Civ. 13 févr.1855 (D.1855.1.308)

3) Cass.Req. 14 avr.1893 (S.1897.1.487 = D.1894.1.91);
Cass.Req. 20 nov.1901 (S.1904.1.22 = D.1901.1.217)

4) Cass.Civ. 7 juin 1904 (S.1905.1.8 = D.1904.1.455)

5) Cass.Civ. 26 févr.1913 (S.1913.1.134)

über den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter ist die Tatsache, daß die Gesellschafter bei Vorhandensein von persönlichen Gläubigern der Gesellschafter die durch art. 42 C.comm. gewährte gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter den persönlichen Gläubigern gegenüber verlieren.¹⁾

§ 4 Die société créée de fait

1. Voraussetzungen und Anwendungsbereich der société créée de fait

Wie oben²⁾ schon dargelegt wurde, kann es Fälle geben, in denen zwar kein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, nicht einmal ein fehlerhafter, gleichwohl aber das Verhalten der Beteiligten dazu führt, sie als Gesellschafter zu behandeln. Die société de fait ist eine entartete rechtliche Gesellschaft, die dieselben Erscheinungsformen wie eine rechtmäßige Gesellschaft hat und vom offenbaren Willen der Gesellschafter zeugt, eine rechtliche Lage zu schaffen, die sich im normalen vom Gesetz definierten Rahmen bewegt, nämlich: die Satzung der Gesellschaft ist im Gesellschaftsvertrag niedergelegt worden, oft sind sogar die Veröffentlichungsvorschriften beachtet worden, und es fehlt manchmal nur eine Kleinigkeit, um die rechtmäßige Errichtung der Gesellschaft zu vollenden. Deshalb geht die société de fait auch meist aus einem Urteil auf Nichtigerklärung der Gesellschaft hervor. Dem gegenüber stellt die Lehre die sog. société créée de fait, die nur aus dem Verhalten der Beteiligten hervorgeht. Dabei haben die Beteiligten meist niemals den Ehrgeiz gehabt, formell eine Gesellschaft zu gründen und haben deshalb auch nie einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen. Aber ihr Verhalten zeugt von dem Willen,

1) Rennes, 6 mars 1869 (S.1869.2.254 = D.1870.2.224);
Nancy, 10 déc.1924 (D.1925.2.95 = J.S.1925 p.649)

2) s. § 3, 1 dieses Kapitels (S.38 ff.)

ihre Arbeitskraft oder ihr Vermögen zusammenzulegen mit dem Ziel, den daraus entstehenden Gewinn zu teilen und erfüllt damit die Voraussetzungen des Art. 1832 C.c. Die Rechtsprechung behandelt sie deshalb ebenfalls als faktische Gesellschaften, ohne weitere Unterscheidungen in der Terminologie zu treffen, wohl aber paßt sie die Folgen der Tatsache an, daß überhaupt kein Vertrag besteht. Die Gerichte sprechen also einheitlich auch hier nur von sociétés de fait. Da kein ausdrücklicher Gesellschaftsvertrag unter den Beteiligten geschlossen wurde, ihr Wille also nicht ohne weiteres ersichtlich ist, muß allerdings das Verhalten der Partner alle Voraussetzungen des Art. 1832 C.c. erfüllen, um die Annahme einer faktischen Gesellschaft zu rechtfertigen, und die Gerichte, vor allem der Kassationshof, stellen deshalb strenge Anforderungen bei der Prüfung der Verhaltensweise der Beteiligten.

Ihr Hauptanwendungsgebiet hat die société créée de fait bei der gemeinsamen geschäftlichen Betätigung von im Konkubinat Lebenden gefunden. Die Gerichte haben hier häufig die Existenz einer société créée de fait anerkannt, sofern eben der Tatbestand unter Art. 1832 C.c. subsumiert werden konnte. So hat die Cour de Paris im Jahre 1851 schon entschieden¹⁾: "Die Zusammenarbeit von zwei Personen in der Ausübung eines Industrie- oder Handelsunternehmens genügt selbst unter im Konkubinat Lebenden nicht, um die Existenz einer Zivil- oder Handelsgesellschaft zu errichten; aus der gemeinsamen Betätigung allein können keine rechtlichen Wirkungen erzeugt werden, ebenso kann daraus dem einzelnen kein Recht auf die Hälfte des Gewinns der gemeinsamen Zusammenarbeit erwachsen. Sobald eine solche Zusammenarbeit aufhört und es sich darum handelt, die Gewinne zu teilen, hat demzufolge jeder nur ein Recht darauf, was aus Geschäften hervorging, die in seinem Namen geführt wurden." In einem anderen Falle, in dem sich zwei im Konkubinat Lebende als Eheleute ausgaben und gemeinsam ein Geschäft nicteten und betrieben, sah

1) Paris, 19 août 1851 (S. 1852.2.209 - D. 1854.2.84)

dasselbe Gericht nach Sachlage den Beweis erbracht, daß die im Konkubinat Lebenden sich gesellschaftlich betätigen wollten, als Gesellschaftseinlage ihre Arbeitskraft einbrachten und das gemeinsame Unternehmen zu dem Zweck führten, Gewinne zu erzielen, und nahm deshalb zwischen ihnen eine *société de fait* an, die liquidiert werden müsse¹⁾. Das Tribunal civil de la Seine drückte es wie folgt aus²⁾: "Wenn das Gedeihen des Handelsbetriebes die Frucht gemeinsamer mühevoller Arbeit ist, wozu jeder seine persönliche Geschicklichkeit beitrug, und wenn die im Konkubinat Lebende andererseits aus der Stellung der rechtmäßigen Ehefrau profitierte, obgleich die gleichgerichtete und scheinbare Absicht der im Konkubinat Lebenden, im gemeinsamen Interesse zu handeln, nicht durch einen rechtmäßigen Vertrag festgelegt ist, so hat diese Tatsache doch zwischen den Parteien ein Rechtsband geknüpft, das es einem von ihnen nicht gestatten kann, ausschließlich sich selbst das Eigentum eines während mehrerer Jahre gemeinsam geschaffenen und ausgeübten Geschäftes anzueignen." Auch die Cour de Cassation hat in neuester Zeit ein Urteil bestätigt, das zwischen im Konkubinat Lebenden eine faktische Gesellschaft angenommen hatte. Sie führt aus³⁾: "Das Urteil, das - um die Existenz einer faktischen Gesellschaft anzuerkennen, die zwischen zwei im Konkubinat Lebenden bestanden hat, und die Liquidation nach dem Tode der Frau anzuordnen - erkennt, daß diese eine Stellung innehatte, die nicht der einer Angestellten entsprach, daß sie durch ihre Tätigkeit zum gemeinsamen Wohle, das das Ergebnis ihrer vereinten Anstrengungen gewesen ist, beigetragen hat, daß ein vertraglich erhaltenes Darlehen dank der Arbeit und der Sparsamkeit der beiden im Konkubinat Lebenden zurückerstattet worden ist, daß es erschien, als ob ihre Tätigkeit einen gemeinsamen Zweck gehabt hätte, der in der freiwilligen Zusammenarbeit angesichts der Teilung der Gewinne und Verluste bestand,

1) Paris, 8 juil. 1912 (J.S. 1913 p.432)

2) Trib.civ.de la Seine, 3 mai 1922 (J.S.1925 p.100)

3) Cass.Req. 8 janv.1946 (J.S.1946 p.245 = J.C.P.1946 II 3053 = Gaz.Pal.1946.1.72)

hat hinsichtlich der Frau eine Einlage in Arbeitskraft und Geld festgestellt und keine gesellschaftsrechtliche Vorschrift verletzt." Immer aber muß aus der ganzen Sachlage die affectio societatis geschlossen werden können¹⁾. Ist dies nicht eindeutig möglich, so nimmt die Rechtsprechung keine société de fait an²⁾. Nochmals ganz klar wurde es in einem Urteil des Kassationshofs des Jahres 1949 ausgesprochen³⁾: "Nach dem Wortlaut des art. 1832 C.c. erfordert eine Gesellschaft als hauptsächliche Bedingung für ihre Bildung den Willen der Beteiligten, sich gesellschaftlich zu betätigen, ferner gegenseitige Einlagen, die im Hinblick auf die Errichtung eines Gesellschaftsvermögens gemacht werden, sowie die Teilnahme eines jeden Gesellschafters an Gewinn und Verlust des Unternehmens."

Ein weiterer Fall, in dem das Vorliegen einer faktischen Gesellschaft (société créée de fait) zu prüfen war, mußte vom Conseil d'Etat entschieden werden, da streitig war, ob ein Sohn, der im Geschäft des Vaters tätig war, nur Arbeitnehmer oder Gesellschafter war. Der Conseil d'Etat hat in einem Fall das Vorliegen einer société de fait verneint⁴⁾, im anderen Fall angenommen⁴⁾. Auch der Kassationshof hat einmal eine faktische Gesellschaft angenommen, als zwei Söhne das Geschäft des ver-

-
- 1) Paris, 6 déc. 1940 (S. 1940.2.64); Rouen 8 avr. 1948 (J.C.P. 1949 II 5078 = Gaz. Pal. 1949.2 T. soc. en général n. 12); Cass. comm. 17 nov. 1952 (J.C.P. 1953 II 7884)
 - 2) Nîmes, 20 oct 1925 (J.S. 1927 p. 471); Lyon 5 avr. 1948 (D.H. 1948 Somm. 23 = Gaz. Pal. 1948.1 T. soc. en général n. 2); Cass. Civ. 25 juill. 1949 (Gaz. Pal. 1949.2.323 = J.C.P. 1950 II 5798 = D.H. 1949 Somm. 41)
 - 3) Cass. Civ. 25 juill. 1949 (Gaz. Pal. 1949.2.323 = D.H. 1949 Somm. 41); so weiter auch Rennes, 22 mai 1950 (Gaz. Pal. 1950.2.87 = J.C.P. 1950 II 5831); Dijon, 13 déc. 1950 (D. 1951 Somm. 48 = Gaz. Pal. 1951.1.250); Lyon 5 nov. 1951 (D.H. 1952 Somm. 48); Cass. Comm. 17 nov. 1952 (J.C.P. 1953 II 7884); Paris, 29 janv. 1953 (Gaz. Pal. 1953.1.312); Cass. Civ. 3 nov. 1953 (D.H. 1953. p. 731)
 - 4) Conseil d'Etat 30 juill. 1947 et 19 janv. 1948 (J.C.P. 1948 II 4470)

storbenen Vaters gemeinsam fortführten¹⁾ und ein Sohn im Geschäft des Vaters mitarbeitete und als Einlage seine Arbeitskraft einbrachte²⁾. In der Praxis werden die Gerichte auf die Existenz von sociétés créées de fait oft aufmerksam, wenn Gläubiger vom Gericht die Feststellung verlangen, daß zwischen ihrem Schuldner und einem Dritten kein Darlehensvertrag, Dienst- oder Arbeitsvertrag vorliege, sondern ein Gesellschaftsverhältnis und daß ihnen deshalb auch der Dritte hafte, oder wenn der Dritte im Konkurs seines Partners seine Forderung anmeldete und die Gläubiger die Zurückweisung der Forderung verlangten, da der Dritte Gesellschafter der société créée de fait sei³⁾.

Eine solche société créée de fait wurde ferner in einem Falle angenommen, in dem eine rechtmäßige Gesellschaft aufgelöst wurde, gleichwohl aber die Gesellschaftsgeschäfte fortgesetzt wurden⁴⁾. Der Kassationshof hat die stillschweigende Verlängerung der Gesellschaft aus der Fortführung der Geschäfte nur dann zugelassen und anerkannt, wenn der Zweck und das Ziel des Unternehmens nicht geändert wurden. Sonst verlangte er als Beweis wenigstens den Anfang einer schriftlichen Urkunde⁵⁾. Wenn eine Gesellschaft über ihre festgesetzte Dauer hinaus ihre Geschäfte ohne bedeutende Veränderung und ohne offensichtlichen Wechsel der Personen und der Bedingungen ihrer Tätigkeit fortsetzt, soll deshalb keine société de fait bestehen, sondern die rechtmäßige Gesellschaft weiterbestanden haben⁶⁾.

-
- 1) Cass.Req. 7 juil. 1932 (S.1933.1.12 = J.S.1933 p.537);
Cass.Req. 24 juill.1933 (S.1934.1.294)
2) Cass.Req. 15 janv.1923 (J.S.1924 p.331 = S.1924.1.12)
3) Cass.Civ. 23 nov.1925 (S.1928.1.93 = J.S.1927 p.36)
4) Cass.Req. 5 nov. 1934 (S.1935.1.177)
5) Cass.Civ. 18 déc.1889 (1893.1.467)
6) Cass.Civ. 2 mars 1897 (S.1897.1.261 = D.1898.1.57)

Zusammenfassend kann also nochmals gesagt werden, daß sich der Wille, die Arbeitskraft oder das Vermögen zusammenzulegen mit dem Ziel, den daraus entstehenden Gewinn zu teilen, aus der konkreten Sachlage durch eine übereinstimmende Reihe von Tatsachen des gemeinschaftlichen Betriebes, die sich nur durch die Existenz einer Gesellschaft erklären lassen, entnehmen lassen muß. Es muß eine Reihe von Umständen vorliegen, die materiell die Gesellschaft errichten, und sobald die konstituierenden Merkmale des art.1832 C.c. gegeben sind, muß die Gesellschaft als *créée de fait* betrachtet werden¹⁾. Dabei ist zu bemerken, daß die Gerichte in der Interpretation der Vereinbarungen und in der Würdigung des Parteiwillens eine souveräne Macht haben²⁾.

2. Folgen, die sich aus dem Begriff der *société créée de fait* ergeben

Es wurde oben³⁾ schon darauf hingewiesen, daß sich bei der *société créée de fait* einige Besonderheiten ergeben, die es als gerechtfertigt erscheinen lassen, ihr einen eigenen Abschnitt zu widmen. Einmal ist zu bemerken, daß die *sociétés créées de fait* ohne Vertrag entstanden sind, nicht einmal auf Grund eines fehlerhaften Vertrages, und daß sie immer als Personalhandelsgesellschaften angesehen werden, und zwar meistens als offene Handelsgesellschaften⁴⁾. Der weitere Grund der Unterscheidung liegt jedoch vor allem in der Art der Liquidation

1) So Paris, 6 févr. 1934 (S.1934.2.210 = Gaz.Pal.1934.2.82); weitere Entscheidungen, die nach diesen Grundsätzen eine *société de fait* angenommen haben: Cass. Req. 4 nov.1895 (D.1896.1.287); Paris, 8 juin 1912 (J.S. 1913 p.432)

2) Cass.Req. 6 mai 1913 (D.1913.1.289); Cass.Civ. 28 juill. 1941 (S.1941 Tables)

3) S.o. § 3, 1 dieses Kapitels (S.38 ff.)

4) Cass.Req. 28 avr.1913 (S.1913.1.564); Cass.Req. 26 mai 1913 (S.1913.1.565 = J.S.1914 p.206); Cass.Req. 23 nov.1925 (S.1928.1.93 = J.S.1927 p.36); Cass.Req. 20 mars 1935 (S.1935.1.209); Paris, 29 juill.1935 (Gaz.Pal. 1935.2.724)

tion. Die Liquidation der société créée de fait kann naturgemäß nicht unter größtmöglicher Anwendung des Gesellschaftsvertrages vorgenommen werden, wie es die herrschende Lehre bei der société de fait macht, da ein solcher nicht vorhanden ist. Deshalb werden die sociétés créées de fait immer nach den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften liquidiert¹⁾. Das Tribunal civil de la Seine erklärt, daß das Vermögen, das ein Teil der Aktiven einer faktischen Gesellschaft ist, die zwischen zwei im Konkubinat Lebenden bestanden hat, beim Tode eines von ihnen zwischen den Erben und dem Überlebenden geteilt werden müsse²⁾. Anders ist es freilich, wenn die Gesellschafter zwar keinen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, aber eine ausdrückliche Teilungsvereinbarung getroffen haben. In diesem Falle muß diese befolgt werden¹⁾.

1) Trib. comm. de Nantes, 6 mars 1922 (J.S. 1923 p. 286);
Cass. Req. 3 août 1936 (Gaz. Pal. 1936.2.698)

2) Trib. civ. de la Seine, 26 avril 1934 (D. 1936.2.43)

Zweiter Hauptteil:

Die faktische Gesellschaft des deutschen Rechts im Vergleich zur société de fait der französischen Rechtsprechung

1. Kapitel: Gründe, die die Anerkennung der faktischen Gesellschaft und der société de fait rechtfertigen

=====

Nachdem im ersten Hauptteil dargestellt wurde, welche Behandlung und Lösung das Gebilde der société de fait in der französischen Rechtsprechung erfahren hat, ist es von Interesse, die Erfahrungen und Ergebnisse der französischen Gerichte mit denen der deutschen - soweit möglich - zu vergleichen. Hierbei muß zunächst der Grund herausgestellt werden, dem die société de fait und die faktische Gesellschaft ihre Existenz in den beiden Rechtsordnungen zu verdanken haben. Dabei ist festzustellen, daß es in der Hauptsache derselbe ist, nämlich die Anerkennung der Macht der durch die gemeinsame Tätigkeit geschaffenen Tatsachen. Der Bundesgerichtshof betont dies in seinem Urteil vom 29.11.1952 sehr stark, wenn er ausführt:¹⁾ "Es kann nicht anerkannt werden, daß erst die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung des gemeinsamen Vermögens allein oder in erster Linie die rechtliche Anerkennung des tatsächlichen Zustandes rechtfertigt und erfordert. Hierfür ist vielmehr der Umstand entscheidend, daß die Rechtsordnung im allgemeinen einfach nicht an der Tatsache vorbeigehen kann, daß Gesellschafter jahrelang in einem umfangreichen Geschäftsbetrieb gemeinsam tätig gewesen sind, durch eigene Arbeit für gemeinsame Rechnung Werte geschaffen und erworben haben und damit gemeinsame Leistungen vollbracht haben, die auch für das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern nicht von Rechts wegen als nicht existent

1) BGHZ 8/157 (167) = NJW 53/818 (820) = LM Nr. 4 zu § 335 HGB

betrachtet werden können." Ebenso findet sich in französischen Urteilen immer wieder die beinahe stereotype Formulierung: "... die Nichtigkeit der Gesellschaft hindert nicht, daß die zwischen den Gesellschaftern in der Vergangenheit tatsächlich entstandene Interessengemeinschaft abgewickelt werden muß." Es kommt also tatsächlich nicht entscheidend auf die beabsichtigte Begründung von Gesamthandseigentum an¹⁾, vielmehr knüpft die rechtliche Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Zustandes an die in der wenn auch "nichtigen" Gesellschaft gemeinsam von den Gesellschaftern geschaffenen wirtschaftlichen Werte an²⁾. Siebert nennt das rechtfertigende Merkmal "die gemeinschafts- und rechtsbildende Kraft der gemeinsamen Tätigkeit". Er fährt fort, die vorhandene Gesamthandsgemeinschaft sei zwar für ein gesellschaftliches Gemeinschaftsverhältnis von gewichtiger Bedeutung, aber nicht absolut notwendig. Dasselbe gilt auch für Rechtsschein und Vertrauensschutz der Gläubiger, die vor allem von Duden³⁾ als rechtfertigende Merkmale mitberücksichtigt sein wollen. Von diesem Ausgangspunkt aus sind alle Fälle dieses Problemkreises zu lösen, wobei Einigkeit darüber herrscht, daß die faktische Gesellschaft keineswegs in jeder Hinsicht mit der fehlerfreien Gesellschaft gleichbehandelt werden darf; also nicht die begriffliche Konstruktion, sondern eine sorgfältige Untersuchung der Interessenlage und dann eine vorsichtige Anwendung der für die fehlerfreie Gesellschaft geltenden Vorschriften ist geboten⁴⁾.

1) worauf z.B. Hueck, Gesellschaftsrecht S.28 abstellt.

2) So auch Fischer in NJW 55/849, I und Siebert in NJW 53/806

3) Baumbach-Duden § 105 Anm.8 B

4) Hueck OHG S.46; Haupt-Reinhardt a.a.O. S.73; Siebert in MDR 52/287 ff.; Schumann DR 1943/265 und 1193

2. Kapitel: Voraussetzungen für die Anerkennung von faktischer Gesellschaft und société de fait =====

§ 1 Invollzugsetzung der Gesellschaft

Da der entscheidende Grund für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft sowohl im französischen wie im deutschen Recht in der Notwendigkeit besteht, daß die Rechtsordnung nicht an der Tatsache vorbeigehen kann, daß vielleicht jahrelang eine solche Gesellschaft im Rechtsleben tätig war und rechtlich beachtliche Tatsachen geschaffen hat, deren Ignorierung nicht nur unbillig und ungerecht wäre im Verhältnis der Gesellschafter zueinander, sondern auch eine untragbare Rechtsunsicherheit im Handelsleben zur Folge hätte, ist ihre Anerkennung nicht gerechtfertigt, solange die betreffende Gesellschaft noch keine Tatsachen geschaffen hat, solange sie noch nicht am Rechtsleben teilgenommen hat, solange sie also noch nicht in Vollzug gesetzt worden war. Hier entfällt jeglicher Grund für ihre rechtliche Beachtung, und es ist nicht einzusehen, warum in diesem Fall nicht die normalen Nichtigkeitsfolgen Anwendung finden sollten, zumal diese bei dieser Sachlage auch nicht zu unbilligen und ungerechten Ergebnissen führen. Und in der Tat werden sowohl im französischen als auch im deutschen Recht faktische Gesellschaften nur angenommen, wenn die Gesellschaft bereits im Rechtsleben tätig geworden ist, wenn sie in Vollzug gesetzt war¹⁾. In diesem Punkt herrscht in beiden Rechtsordnungen Einigkeit, und zwar sowohl in der Theorie als auch in der Praxis.

1) Im deutschen Recht: Hueck OHG S.46 f.; Hueck, Gesellschaftsrecht S.60; Schumann im DR 1943/265 (269); Staudinger-Geiler § 705 Anm.37; Geßler-Hefermehl § 105 Anm.62; RGRK z.HGB § 105 Anm. 72 a; Gierke a.a.O. S.189; Enneccerus-Lehmann a.a.O. § 176 III,2; Kuhn in JR 51/513
Im französischen Recht: vgl. oben 1.Hauptteil, 3.Kap. § 1 (S.23 ff.)

§ 2 Vorliegen eines Gesellschaftsvertrages

Wenn eine nicht in Vollzug gesetzte Gesellschaft auch nicht als faktische Gesellschaft anerkannt wird und auf ihren Gesellschaftsvertrag deshalb die Nichtigkeit- und Anfechtungsfolgen des allgemeinen Teils des BGB anzuwenden sind (so wenigstens im deutschen Recht), so gelten diese - wie oben ausgeführt - nicht bei einer Gesellschaft, die bereits am Rechtsleben teilgenommen hat. Hier führt der Mangel, der normalerweise die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrages zur Folge hätte, zur Anerkennung der faktischen Gesellschaft. Wesentlich ist jedoch noch für eine faktische Gesellschaft nach Ansicht des Bundesgerichtshofes¹⁾, daß überhaupt ein Vertrag vorliegt. Eine bloß tatsächliche Gemeinschaft ohne Rücksicht auf jede Vertragsgrundlage reiche für die Annahme einer faktischen Gesellschaft nicht aus. Es genüge zwar das Vorliegen eines mangelhaften Vertrages, aber irgendeine Vertragsgrundlage müsse vorhanden sein. Der Bundesgerichtshof begründet dies damit, daß die Anerkennung der faktischen Gesellschaft auf der Erwägung beruhe, "daß der tatsächliche Wille der Beteiligten auf die Führung eines gemeinsamen Unternehmens gerichtet ist und daß nur die rechtliche Anerkennung eines in dieser Weise geschaffenen tatsächlichen Gesellschaftsverhältnisses dem übereinstimmenden Verhalten der Beteiligten gerecht wird."

In diesem Punkt differiert die Rechtsprechung der französischen Gerichte mit der deutschen; denn alle sociétés créées de fait, die ja echte sociétés de fait sind, beruhen nicht auf einem Vertrag. Zwar verlangen die französischen Gerichte die drei Voraussetzungen, die bei jeder Gesellschaft, auch bei jeder faktischen Gesellschaft vorhanden sein müssen, nämlich gemeinsame Einlagen, Teilnahme aller Gesellschafter an Gewinn und

1) BGHZ 11/190 = JZ 54/240 (Urteil vom 28.11.1953);
so auch Erman a.a.O. 5.54

Verlust und die *affectio societatis*, also den Willen, sich gesellschaftlich zu betätigen. Dies sind die drei Merkmale, die in Frankreich erst eine Gesellschaft ausmachen. Fehlt eines, so kann überhaupt kein Gesellschaftsrecht Anwendung finden. Man könnte dies im deutschen Recht mit einer derartigen Voraussetzung vergleichen, die auch bei allen Gesellschaften vorhanden sein muß, nämlich dem Zusammenschluß mehrerer Personen mit dem Ziel, einen gemeinsamen Zweck zu erreichen. Ein Vertrag wird jedoch in Frankreich nicht verlangt. Allerdings werden strenge Maßstäbe angelegt, bis eine *société de fait* lediglich auf Grund von Tatsachen, also in Form der *société créée de fait*, anerkannt wird (vgl. oben 1. Hauptteil, 3. Kap. § 4,1 S. 57 ff.). Es ist auch richtig, daß die Voraussetzungen für eine Gesellschaft im französischen Recht enger gezogen sind als im deutschen und man deshalb eher großzügig sein kann in der Anerkennung eines gesellschaftsrechtlichen Zustandes lediglich auf Grund der vorliegenden Tatsachen, ohne daß ein Gesellschaftsvertrag gegeben ist. Dennoch scheint mir die französische Lösung nachahmenswert¹⁾, und zwar aus folgenden Gründen:

Wenn schon der Grund für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft der ist, daß die Rechtsordnung nicht an den oft in mehreren Jahren geschaffenen Tatsachen vorbeigehen kann, so gilt dies auch dann, wenn kein Gesellschaftsvertrag, nicht einmal ein nichtiger oder anfechtbarer vorliegt. Wie oft kommt es vor, daß sich die "zukünftigen Gesellschafter" nicht einigen können und mehrere Entwürfe zu einem Gesellschaftsvertrag verworfen werden, gleichwohl aber die Gesellschaft tätig geworden ist und am Rechtsleben wie eine rechtlich einwandfreie Gesellschaft teilgenommen hat. Es ist m.E. nicht einzusehen, warum hier die Grundsätze der faktischen Gesellschaft keine Anwendung finden sollen. Sowohl Dritte als auch die Gesellschafter selbst sind in diesem Falle genau so schutzwürdig, wie wenn ein mangelhafter

1) Auch Baumbach-Duden (§ 105 Anm. 8 D) sprechen sich gegen das Erfordernis eines Vertrages aus.

oder nichtiger Vertrag vorläge.

Der Bundesgerichtshof hat in den letzten Jahren einige Fälle zu entscheiden gehabt, in denen kein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden war, der Sachverhalt jedoch gleichwohl zur Anwendung von Gesellschaftsrecht drängte. Es handelte sich um Fälle, in denen die Ehefrau oder der Ehemann im Geschäftsbetrieb seines Gatten über den Rahmen des § 1356 II BGB hinaus mitgearbeitet hat¹⁾. Um zu einem gerechten und billigen Ergebnis zu kommen, hat der Bundesgerichtshof darin die Möglichkeit eines stillschweigenden Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages gesehen und deshalb auf das Verhältnis der Parteien gesellschaftsrechtliche Regeln angewandt. Der Bundesgerichtshof erklärte wörtlich²⁾: "Für die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses kann es nach Lage des Einzelfalles ausreichen, daß beide Ehegatten sich zu einer gemeinsamen Tätigkeit in einem Betrieb verbunden haben, die ihre Arbeitszeit ausfüllt, auch wenn eine ausdrückliche Abrede nicht getroffen worden ist. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nach Treu und Glauben ist zu prüfen, ob die gemeinsame Arbeit für ein einheitliches Ziel aufzufassen ist. Dabei ist maßgebend, ob durch das Verhalten der Partner im Laufe der Jahre gesellschaftsrechtliche Beziehungen zwischen ihnen geschaffen worden sind." - In einem anderen Falle³⁾ hat der gleiche Senat entschieden, daß auf das Verhältnis zweier Miterben, die nach dem Tod des Erblassers dessen Geschäft noch siebzehn Jahre lang führten, das Recht der offenen Handelsgesellschaft wenigstens entsprechend anzuwenden sei.

In all diesen Fällen geht der Bundesgerichtshof allein von der objektiven Lage des Falles aus. Entscheidend ist danach nur, ob im Laufe der Zeit die Partner

1) BGH (Urteil vom 20.12.1952) in LM Nr. 4 zu § 705 BGB und BGH (Urteil vom 25.3.1954) in LM Nr. 5 zu § 705 BGB

2) BGH (Urteil vom 25.3.1954) LM Nr. 5 zu § 705 BGB

3) BGHZ 17/299 (Urteil vom 21.5.1955)

durch ihr Verhalten gesellschaftsrechtliche Beziehungen geknüpft haben. Warum soll dies nun anders sein, wenn das Verhältnis der Partner unter einem Mangel leidet, der die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages zur Folge hätte, wenn ein solcher abgeschlossen worden wäre. Gehen wir von folgendem Beispiel aus, indem wir zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes miteinander verknüpfen¹⁾: Die Ehefrau arbeitete mit ihrer ganzen Arbeitskraft mehrere Jahre lang im Betrieb ihres Mannes. So, wie der Betrieb (Handel mit Altmetallen) geführt wurde, konnten sie niemals eine Konzession erhalten. Die Ehegatten haben den Betrieb deshalb ohne Konzession geführt. - Hätten die Ehegatten einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, so wäre dieser nichtig, da er gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB) verstößt. Gleichwohl könnte die Gesellschaft nach Ansicht des Bundesgerichtshofs als faktische Gesellschaft Anerkennung finden²⁾. Haben die Ehegatten keinen Vertrag geschlossen, aber haben sie die Konzession zur Führung des Betriebes erhalten, so lautet das Ergebnis: stillschweigend abgeschlossener Gesellschaftsvertrag³⁾. Im obigen Beispiel, in dem beide Fälle verknüpft worden sind, könnte das Verhältnis der Ehegatten aber nicht unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden, da eine echte Gesellschaft mit stillschweigend abgeschlossenem Gesellschaftsvertrag nicht vorliegen kann, da sie gegen ein Verbotsgesetz verstößt, und eine faktische Gesellschaft kann nach Ansicht des Bundesgerichtshofs⁴⁾ deshalb nicht vorliegen, weil kein Gesellschaftsvertrag vorhanden ist. Dies ist ein ganz und gar unbefriedigendes Ergebnis, das zu der Folgerung führt, daß für das Vorliegen einer faktischen Gesellschaft kein Gesellschaftsvertrag, auch kein mangelhafter, vorhanden sein muß. Aus diesem Grunde

1) BGH (Urteil vom 24.4.1954) in LM Nr.8 zu § 105 HGB und BGH (Urteil vom 25.3.1954) in LM Nr.5 zu § 705 BGB

2) So BGH in LM Nr.8 zu § 105 HGB

3) BGH in LM Nr.5 zu § 705 BGB

4) BGHZ 11/190 = NJW 54/231 = JZ 54/240 (Urteil vom 28.11.53)

kann auch Fischer¹⁾ nicht zugestimmt werden, der als Voraussetzung für die Annahme einer faktischen Gesellschaft "die von den Beteiligten übereinstimmend beabsichtigte und herbeigeführte Begründung eines gemeinsamen gesellschaftlichen Zusammenschlusses" verlangt, "weil insoweit nicht schon die nur zufällig gemeinsam geschaffenen wirtschaftlichen Werte, sondern erst der von den Partnern tatsächlich auch gewollte gesellschaftliche Zusammenschluß die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze rechtfertigt." Fischer muß aber selbst zugeben, daß dann Schwierigkeiten auftauchen, wenn der Mangel des Gesellschaftsvertrages ein Dissens ist. Entscheidend muß vielmehr die objektive Lage des Falles sein, auf Grund der dann nach Treu und Glauben zu prüfen ist, ob die gemeinsame Arbeit für ein einheitliches Ziel aufzufassen ist und das Verhalten der Partner im Laufe der Jahre gesellschaftsrechtliche Beziehungen zwischen ihnen geschaffen hat. Auf diesem Weg haben die französischen Gerichte schon jahrzehntelang mit großem Erfolg die zahlreichen Fälle gelöst, in denen z.B. im Konkubinat Lebende ein Geschäft betrieben oder die Erben das Unternehmen des Erblassers jahrelang weiterführten, ohne an eine Auseinandersetzung zu denken²⁾.

In diesem Zusammenhang soll noch ein unveröffentlichtes Urteil des OLG Freiburg erwähnt werden³⁾, das diesen richtigen Weg schon im Jahre 1946 gegangen ist. In diesem vom Oberlandesgericht zu entscheidenden Falle arbeiteten die Parteien siebzehn Jahre lang zusammen, gaben sich gegenseitig als Mitinhaber bzw. Gesellschafter eines Bauunternehmens aus, haben zwar mehrere Entwürfe für einen Gesellschaftsvertrag angefertigt, konnten sich aber auf keinen einigen. Einen stillschweigenden Vertragsabschluß und damit eine rechtmäßige Gesellschaft

1) Fischer in NJW 55/849 ff.

2) S.o. 1.Hauptteil, 3.Kap. § 4,1 (S.57 ff.)

3) OLG Freiburg, Urteil vom 7.11.1946 (AZ: U 25/46)

kann man nicht annehmen, da ein "Gesellschafter" Grundstücke einbringen sollte, so daß der Gesellschaftsvertrag, der als stillschweigend abgeschlossen anzusehen wäre wegen eines Verstoßes gegen §313 BGB nichtig wäre. Der Senat führte aus: "Die rechtliche Anerkennung einer faktischen Gesellschaft beruht ausschließlich auf der durch die Rechts- und Verkehrssicherheit bedingten rechtsetzenden Kraft eines tatsächlichen Zustandes. Ob dieser Zustand auf ein nichtiges oder überhaupt auf kein Rechtsverhältnis zurückgeht, ist von untergeordneter Bedeutung. Entscheidend ist allein, ob dieser Zustand besteht und ob er im Interesse des Geschäftslebens eine rechtliche Anerkennung verlangt. ... Die Macht der Tatsachen ist allein entscheidend."¹⁾

Damit wäre übrigens die faktische Gesellschaft auch den faktischen Arbeitsverhältnissen, den sog. Beschäftigungsverhältnissen, wieder gleichgestellt, bei denen auch kein - nichtiger bzw. mangelhafter - Arbeitsvertrag vorzuliegen braucht.

§ 3 Die Hauptmerkmale von art. 1832 C.c. für die société de fait

Im letzten Abschnitt wurde schon erwähnt, daß das französische Recht weitere Voraussetzungen bezüglich der Anerkennung einer société de fait kennt. Es sind dies die in art. 1832 C.c. verlangten Hauptmerkmale einer Gesellschaft, die nicht nur bei einer rechtmäßigen, sondern auch bei einer faktischen Gesellschaft vorliegen müssen²⁾. Ohne sie wird jegliche Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regeln abgelehnt. Diese Fälle können mit dem deutschen Recht deshalb nicht verglichen werden, weil in Deutschland z.B. ein gemeinsames Vermögen nicht

1) Der Senat denkt hier wohl an "die normative Kraft des Faktischen" (Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1905, S.329 ff.); vgl. auch Haupt a.a.O. S.18.

2) Vgl. oben 1. Hauptteil, 3.Kap. § 2,1, S.26

vorhanden zu sein braucht. Es ist kein wesentlicher Punkt, der unbedingte Voraussetzung für die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze wäre. Das charakteristische Merkmal einer Gesellschaft in Deutschland ist eben das gemeinsame Streben der Beteiligten zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks. Fehlt allerdings dieses wesentliche Merkmal, so sprechen auch wir nicht von einer Gesellschaft, auch nicht von einer faktischen. Dieser Fall hat dann auch bei uns nichts mit Gesellschaftsrecht zu tun und muß anders gelöst werden.

3. Kapitel: Behandlung der einzelnen Fälle

§ 1 Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten und Scheingesellschaft

Einen weiteren Punkt, der im deutschen Recht Anlaß zu Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten gegeben hat, stellt die Frage dar, ob jeder Mangel im Gesellschaftsvertrag zur Anwendung der Regeln von der faktischen Gesellschaft führt oder ob es Fälle gibt, die jegliche Nichtbeachtung gesellschaftsrechtlicher Regeln gebieten. Auch hier ist deshalb der Vergleich mit den in der französischen Rechtsprechung gefundenen Lösungen interessant. Er zeigt, daß in dieser Frage in den beiden Ländern zum Teil die gleichen, zum Teil aber auch im Grundsatz differierende Lösungen gefunden worden sind.

Bei der Frage, ob ein Verstoß des Gesellschaftsvertrages gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten die Anwendung der Regeln von der faktischen Gesellschaft ausschließt oder nicht, hat der Bundesgerichtshof ganz allgemein formuliert¹⁾, daß eine faktische Gesellschaft

1) BGH (Urteil vom 24.10.1951) in BGHZ 3/285 = JZ 52/305
= NJW 52/97

dort nicht bestehen könne, "wo die rechtliche Anerkennung des tatsächlich vorhandenen Zustandes mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde." Dabei sei ferner noch von entscheidender Bedeutung, ob der Verstoß bewußt oder gewollt vorgenommen worden oder unbeabsichtigt war. Dies bedeutet nun nicht, daß keine Gesellschaft, deren Vertrag gegen ein Verbotsgesetz verstößt, unter dem Gesichtspunkt der faktischen Gesellschaft Anerkennung finden kann. In diesem Sinne hat auch der Bundesgerichtshof in dem Fall entschieden, in dem der Gesellschaftsvertrag den Handel mit Altmetallen vorsah, zu dem eine Konzession nicht erteilt werden konnte¹⁾; er erklärte, der tatsächlich geschaffene Zustand stehe in diesem Falle nicht mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit in Widerspruch. Grundsätzlich verfahren auch die Gerichte in Frankreich so. Auch sie anerkennen eine *société de fait*, wenn der Gesellschaftsvertrag gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstößt, sofern nicht die Anerkennung mit den Erfordernissen des *ordre public* in Widerspruch gerät, also das ganze Unternehmen nach seinem Sinn und Zweck auf unerlaubte und strafbare Handlungen ausgerichtet ist, z.B. Gesellschaftsgründungen, um Schmuggelgeschäfte zu betreiben²⁾. Die im Verbotsgesetz zum Ausdruck gekommenen gewichtigen Interessen der Allgemeinheit erfordern dann den Vorrang vor denen der Beteiligten auf Anerkennung des geschaffenen Zustands³⁾. Aber nur bei ganz dringenden staatlichen Rücksichtnahmen ist die Anerkennung der faktischen Gesellschaft abzulehnen; denn die Tatsache, daß nach innen gelebt worden ist, wirkt stärker als alle juristische Konstruktion⁴⁾. Dagegen wollen im deutschen Schrifttum viele Schriftsteller bei Verstoß der Gesellschaft gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten die Anerkennung

1) BGB (Urteil vom 24.4.1954) in IM Nr.8 zu § 105 HGB

2) Vgl. oben 1. Hauptteil, 3. Kap. § 2, 2 S.27 ff.

3) So auch Fischer in NJW 55/849 ff.

4) So auch Enneccerus-Lehmann a.a.O. § 176 III 3; Beitzke a.a.O. S.62 und wohl auch RGRK § 105 Anm.75

einer faktischen Gesellschaft vollkommen ablehnen oder nur in geringem Umfang zulassen¹⁾. Man kann deshalb die Standpunkte der beiden Länder hinsichtlich der Frage ob bei Verstößen gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten eine faktische Gesellschaft anerkannt werden kann wie folgt formulieren: Während in Frankreich in diesen Fällen die Gesellschaft grundsätzlich als *société de fait* anerkannt wird und nur in Ausnahmefällen vollkommene Nichtigkeit auch in der Vergangenheit angenommen wird, ist es in Deutschland umgekehrt. Hier lautet der Grundsatz: Vollkommene Nichtigkeit und nur in Ausnahmefällen kann der tatsächlich geschaffene Zustand in der Vergangenheit als faktische Gesellschaft anerkannt werden.

Übereinstimmend werden in Frankreich wie in Deutschland Scheingesellschaften nicht als faktische Gesellschaften anerkannt. Auf sie finden die Grundsätze der faktischen Gesellschaft keine Anwendung, selbst wenn die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden ist²⁾. In solchen Fällen wollten die Beteiligten übereinstimmend kein Gesellschaftsverhältnis bilden, sondern etwas gänzlich anderes und benutzten das Gesellschaftsverhältnis nach außen hin lediglich zu Tarnungs- und Verschleierungszwecken. Das Innenverhältnis richtet sich gemäß § 117 II BGB nach dem wirklichen Willen der Beteiligten. Im Außenverhältnis werden Dritte genügend geschützt durch die Vorschriften über den Rechtsschein und den guten Glauben.

-
- 1) Gierke a.a.O. S.190; Baumbach-Duden § 105 Anm. 8 E; Schumann in DR 1943/265 (269); Hueck OHG S.55; Erman a.a.O. S.63 f., weiter RGRK § 105 Anm. 75 u.78
2) BGH (Urteil vom 27.5.1953) in LM Nr.4 zu § 105 HGB = NJW 53/1220; ebenso Hueck OHG S.55; Fischer NJW 55/849 und Haupt-Reinhardt a.a.O. S.75

§ 2 Beteiligung eines Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen an einer Gesellschaft

Wie ist es, wenn ein Minderjähriger oder Geschäftsunfähiger bzw. beschränkt Geschäftsfähiger sich ohne die erforderliche Genehmigung an einer Gesellschaft beteiligt hat? Da grundsätzlich der Schutz des Minderjährigen weiter geht als der Schutz von Dritten, auch wenn diese gutgläubig sind, wird eine faktische Gesellschaft nicht entstehen können, wenn ein Minderjähriger beteiligt und deshalb der Vertrag mangelhaft ist. Jedoch steht dem nicht entgegen, daß zwischen den übrigen Gesellschaftern eine faktische Gesellschaft entsteht. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof auch entschieden, als ein Minderjähriger sich ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung an einer Kommanditgesellschaft beteiligte¹⁾. Der Gerichtshof erklärte: "Hat sich ein Minderjähriger in rechtsgeschäftlich unwirksamer Weise am Abschluß eines Gesellschaftsvertrages beteiligt und ist diese Gesellschaft sodann in Vollzug gesetzt worden, so kann ein solches Gesellschaftsverhältnis nicht als faktische Gesellschaft unter Einschluß des Minderjährigen angesehen werden." Für sie sind dann die Vorschriften der Gemeinschaft und der ungerechtfertigten Bereicherung anzuwenden jedoch mit der Maßgabe, daß der Minderjährige auch Anspruch auf Gewinn hat, wenn ein solcher unter seiner Mitarbeit gemacht worden ist. Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit den faktischen Arbeitsverhältnissen. Den minderjährigen Gesellschafter trifft zwar keine Verpflichtung für die zurückliegende Zeit, jedoch hat er einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft nach Maßgabe der tätigen Mitarbeit oder seiner kapitalmäßigen Beteiligung, soweit die Höhe dieses Anspruchs über einen solchen aus § 312 BGB hinausgeht²⁾. Derselben Ansicht bezüglich der Nichtteilnahme des Minderjährigen an der

1) BGH (Urteil vom 30.4.1955) in DNotZ 55/530 = JZ 55/428
ebenso Haupt-Reinhardt a.a.O. S.75 f.

2) So richtig vor allem Fischer in NJW 55/849 ff.

faktischen Gesellschaft folgt das gesamte Schrifttum¹⁾, und auch die französischen Gerichte stellen den Minderjährigen von jeder Verpflichtung frei und erklären, er müsse so gestellt bleiben, wie er stehen würde, wenn er keiner Gesellschaft beigetreten wäre²⁾.

§ 3 Irrtum oder arglistige Täuschung eines Gesellschafters

Als dritte Fallgruppe, bei der der Gesellschaftsvertrag nichtig ist oder wird, sind die Fälle zu betrachten, in denen sich ein Gesellschafter bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages in einem rechtserheblichen Irrtum befunden hat oder bei denen ein Gesellschafter durch arglistige Täuschung oder Drohung zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages bewogen wurde. Während im deutschen Schrifttum bei einem Irrtum einhellig die Ansicht vertreten wird, daß eine Anfechtung nach § 119 BGB ausgeschlossen sei, vielmehr die Regeln der faktischen Gesellschaft Anwendung finden müßten, sind die Ansichten bei arglistiger Täuschung und Drohung geteilt. Das OLG Stuttgart³⁾ verweigerte die Anerkennung einer faktischen Gesellschaft, bei der der Gesellschaftsvertrag durch widerrechtliche Drohung geschlossen wurde und von der Goltz⁴⁾ meint, daß bei Betrug oder Erpressung die gleichen Grundsätze Anwendung finden müßten wie im Falle eines Gesetzesverstosses, d.h. daß geprüft werden müsse, ob die rechtliche Anerkennung des tatsächlich vorhandenen Zustandes nicht mit gewichtigen Interessen einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde. In diesem Falle müßte dann eine Anfechtung mit rückwirkender

1) RGRK § 105 Anm. 74 a; Gierke a.a.O. S.190; Hueck OHG S.55; Enneccerus-Lehmann a.a.O. § 176 III 2

2) Vgl. oben 1.Hauptteil, 3.Kap. § 2,5 S.34

3) OLG Stuttgart in NJW 51/29 f.

4) von der Goltz in BB 52/68; ebenso Fischer NJW 55/849

Nichtigkeit möglich sein. Grundsätzlich sind mit der Anerkennung der faktischen Gesellschaft auch bei arglistiger Täuschung und Drohung einverstanden: Baumbach-Duden, Geßler-Hefermehl, Benke und Fischer¹⁾. Baumbach-Duden wollen nur bei ganz schweren Fällen vollkommene Nichtigkeit annehmen. In diesem Sinne hat sich auch der Bundesgerichtshof ausgesprochen²⁾, der nur dann z.B. keine faktische Gesellschaft anerkennen will, wenn sich ein Gesellschafter durch Drohung oder Täuschung einen überaus günstigen Gewinn oder Liquidationsanteil zugestehen ließ und ein deswegen in die Auseinandersetzungsrechnung eingestellter Schadensersatzanspruch keinen genügenden Ausgleich ermöglichte. Der Bundesgerichtshof stellt diesen Fall einer besonders groben Sittenwidrigkeit gleich. In der französischen Rechtsprechung werden die Regeln der *société de fait* bei Irrtum und arglistiger Täuschung grundsätzlich anerkannt³⁾, jedoch mit einem erheblichen Unterschied zum deutschen Recht: der Getäuschte oder Irrende wird so behandelt wie ein Minderjähriger, d.h. er muß so gestellt werden, wie er ohne den Abschluß des Gesellschaftsvertrages stehen würde. Er selbst nimmt also an der faktischen Gesellschaft nicht teil. Lediglich kann sich der getäuschte Gesellschafter Dritten gegenüber nicht auf die Täuschung berufen, da sie es nicht büßen sollen, wenn er sich überlisten ließ. Ihnen haftet er, auch wenn er selbst nicht tätig geworden ist. Das französische Recht schützt den Irrenden also wesentlich mehr als das deutsche, doch scheint mir in diesem Fall die deutsche Regelung zweckmäßiger. Man sollte den Grundsatz der Anerkennung der faktischen Gesellschaft schon aus Gründen der Rechtssicherheit möglichst wenig durchbrechen und sich soweit wie möglich damit helfen, daß der Getäuschte nebenherlaufende An-

1) Baumbach-Duden § 105 Anm. 8 E; Geßler-Hefermehl § 123 Anm. 17; Benke JZ 52/305; Fischer in NJW 55/849

2) BGH (Urteil vom 12.5.1954) in LM Nr. 3 zu § 11 GmbHG = BGHZ 13/320 (322)

3) S.o. 1. Hauptteil, 3. Kap. § 2, 5 S. 34

sprüche gegen den Täuschenden aus §§ 823, 826 BGB hat und daß die Vereinbarung des Vertrages, auf die sich die Täuschung bezog, keine Beachtung finden kann. Die vollkommene Nichtigkeit der Gesellschaft käme danach bei Irrtum und arglistiger Täuschung nur in äußersten Notfällen in Betracht.

§ 4 Verstoß gegen eine Formvorschrift

Bei einem Verstoß gegen gesetzliche Formvorschriften - dem in Frankreich häufigsten Grund für das Vorliegen einer *société de fait* - wird sowohl in Frankreich als auch in Deutschland nahezu ausnahmslos das Vorliegen einer *société de fait* bzw. einer faktischen Gesellschaft mit all ihren Folgen anerkannt. Lediglich Fischer¹⁾ will in einem Verstoß gegen zwingende Formvorschriften unter Umständen eine Verletzung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit sehen und deshalb vollkommene rückwirkende Nichtigkeit annehmen. In diesem Sinne sind auch einige Urteile in Frankreich ergangen, die im Verstoß gegen gesetzlich Formvorschriften einen Widerspruch zum *ordre public* erblickten und keine Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regeln zuließen. Jedoch kann die Anerkennung der faktischen Gesellschaft in diesen Fällen sowohl in Frankreich als auch in Deutschland als absolut herrschende Lehre bezeichnet werden.

1) Fischer in NJW 55/849

4. Kapitel: Folgen, die sich aus der Anerkennung
von faktischer Gesellschaft und *société
de fait* ergeben
=====

§ 1 Weg zur Auflösung von faktischer Gesellschaft
und *société de fait*

Das erste Problem, das sich in Deutschland nach der Anerkennung der faktischen Gesellschaft ergab, lag in der Frage, ob auch die faktische OHG nur durch eine Auflösungsklage beseitigt werden kann und welches die Voraussetzungen für diese Klage sind. Ferner entstand die Frage, ob der Nichtigkeitsgrund allein zur Erhebung der Auflösungsklage genügt oder ob noch ein besonderer wichtiger Grund hinzutreten muß. Nachdem der Bundesgerichtshof die letzte Frage in negativem Sinn beantwortet hat¹⁾, ist dieses Problem in der Rechtsprechung geklärt, doch wird dieses Ergebnis in der Theorie noch verschiedentlich angegriffen. In Frankreich ist dieser Punkt vollkommen unstreitig. Die Gerichte gehen als selbstverständlich davon aus, daß jeder Nichtigkeitsgrund durch Klage geltend gemacht werden muß. Zur Erhebung der Klage ist ein weiterer Grund nicht erforderlich als eben der, auf den sich die Nichtigkeit des Vertrages stützt. Für das deutsche Recht ist jedoch insofern daraus nichts zu entnehmen, als im französischen Recht eine dem § 133 HGB entsprechende Vorschrift fehlt.

§ 2 Liquidation von faktischer Gesellschaft
und *société de fait*

Ebenfalls interessant für einen Vergleich ist die Frage, auf welcher Grundlage die faktische Gesell-

1) BGH (Urteil vom 24.10.1951) in LM Nr. 1 zu § 133 HGB
= JZ 52/305 = BGHZ 3/285

schaft zu liquidieren ist. Hier herrscht keine Einigkeit, das ganze Problem ist vielmehr sehr bestritten, und zwar wie oben schon dargelegt wurde¹⁾, nicht nur in Deutschland. In der französischen Rechtsprechung werden drei Ansichten vertreten. Nach der als herrschend zu bezeichnenden ist die Liquidation auf Grund des Gesellschaftsvertrages vorzunehmen, wobei die Vertragspunkte, auf die sich die Nichtigkeit gerade gründet, keine Anwendung finden sollen. An ihre Stelle sollen die gesetzlichen Vorschriften treten. Die zweite Ansicht will die ganze Liquidation auf Grund der gesetzlichen Regelung stattfinden lassen, und die dritte Ansicht legt die Abwicklung in die Hände des Richters, der einen für die Beteiligten gerechten und billigen Weg finden soll. Im deutschen Recht wollte man ursprünglich die Abwicklung nach den Regeln der Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) vornehmen. Diese Meinung wird heute noch, zum Beispiel von Geiler, vertreten²⁾. Die herrschende Lehre in Deutschland entspricht jedoch auch der vorherrschenden Ansicht in der französischen Rechtsprechung. Danach richtet sich die Auseinandersetzung nach dem Gesellschaftsvertrag³⁾. Auch die Begründung ist die gleiche, wie sie von den französischen Gerichten gegeben wird, nämlich der Vertrag drückt im Zweifel die Absicht der Gesellschafter auch für den Fall aus, daß er sich nachträglich als ungültig erweise. Die vom Fehler des Vertrages betroffenen Bestimmungen sollen durch die gesetzliche Regelung ersetzt werden, die immer auch dort gelte, wo der Vertrag ihr Raum lasse⁴⁾. Hueck und Erman⁵⁾ wollen dabei noch jedem Gesellschafter das Recht geben zu verlangen, daß die von ihm eingebrachten, noch in Natur vorhandenen Einlagen

1) S.o. 3.Kap. § 3,1 S.38 ff.

2) Staudinger-Geiler § 705 Anm. 37 f.

3) Z.B. Gierke a.a.O. S.190

4) RGRK § 105 Anm. 73; Schumann DR 1943/1193 (1197); Baumbach-Duden § 105 Anm. 8 F.; Hueck, Gesellschaftsrecht S.61, Geßler-Hefermehl § 105 Anm.62; Kuhn in JR 51/513; BGHZ 3/285 = LM Nr. 1 zu § 133 HGB

5) Hueck OHG S.60; Erman a.a.O. S.81

ihm in Anrechnung auf den Liquidationsanteil zurückübertragen werden. Nach Geßler-Hefermehl¹⁾ sollen die Bestimmungen des Vertrages, in denen der Grund für die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit liegt, auch nicht durch die gesetzliche Regelung ersetzt werden, vielmehr soll vom Richter nach Treu und Glauben bestimmt werden, was angemessen sei. Neuerdings wird von Kuhn gefordert²⁾, daß weder die vertragliche Vereinbarung noch die gesetzliche Regelung der §§ 741 ff. BGB oder 145 ff. HGB für die Abwicklung des faktischen Gesellschaftsverhältnisses maßgebend sein solle, vielmehr werde nur eine richterliche Vertragsgestaltung allen Interessen gerecht. - Da die Berücksichtigung des von den Parteien geschaffenen Zustandes von deren Willen abhängig ist, ist es zweckmäßig, daß dieser auch in der Liquidation beachtet wird, so daß den herrschenden Ansichten der französischen Rechtsprechung und der deutschen Rechtslehre wohl zugestimmt werden kann.

§ 3 Weitere Konsequenzen

Nachdem nun festgestellt wurde, daß sowohl die *société de fait* als auch die faktische Gesellschaft wie aufgelöste rechtmäßige Gesellschaften abgewickelt werden, und zwar in der Regel durch Anwendung des fehlerhaften Vertrages, sollen zum Schluß noch die weiteren Konsequenzen, die aus der Anerkennung des Gebildes der faktischen Gesellschaft in Frankreich und Deutschland gezogen wurden, verglichen werden. Hierbei wird als Leitgedanke bei der *société de fait* wie bei der faktischen Gesellschaft der allen Überlegungen vorausgehende Grundsatz angesehen, daß die geschaffenen Tatsachen, eben das faktische Verhältnis, so weit wie möglich wie eine

1) Geßler-Hefermehl § 105 Anm. 62

2) Kuhn in JR 51/513

rechtmäßige Gesellschaft zu behandeln sind. Daraus folgt ohne weiteres, daß nicht nur Gesellschaften bestimmter Art als faktische Gesellschaften auftreten können oder daß alle faktischen Gesellschaften wie offene Handelsgesellschaften zu behandeln sind, vielmehr kann jeder Gesellschaftstyp in Form einer faktischen Gesellschaft auftreten. So hat auch der Bundesgerichtshof schon eine atypische stille Gesellschaft¹⁾ sowie die Gründergesellschaft einer GmbH²⁾ als faktische Gesellschaften anerkannt. Diese Ansicht hat sich auch bei den französischen Gerichten durchgesetzt. Ferner folgt daraus, daß auch eine faktische Gesellschaft in Konkurs fallen kann, daß sie ein Firmenrecht hat, grundbuchfähig ist und klagen und verklagt werden kann. Zur Zwangsvollstreckung ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter Titel erforderlich, und die Einlagen der Gesellschafter werden Gesellschaftsvermögen. Für die Gesellschafter gelten die Vereinbarungen über die Vertretung, Geschäftsführung und Haftung. Da für gutgläubige Dritte der Rechtsschein dieselben Wirkungen hat wie die Rechtswirklichkeit, muß das Außenverhältnis so behandelt werden, als ob die Gesellschaft bestünde. Da aber auch im Innenverhältnis der faktische Zustand anzuerkennen ist, gilt das Wettbewerbsverbot und müssen die Einlageschulden bestehen bleiben, zumal dies dem Schutz Gutgläubiger dient³⁾. Manche lehnen eine dahingehende Verpflichtung der Gesellschafter, die ihre Einlage noch nicht erbracht haben, diese noch nach der Auflösungsklage zu erbringen, ab und geben ihnen ein Leistungsverweigerungsrecht⁴⁾. Dies widerspricht jedoch der Anerkennung der geschaffenen Tatsachen als zu beachtendes Rechtsgebilde. Denn wenn eine faktische Ge-

1) BGHZ 8/157 (167) = NJW 53/818 (820); ebenso Siebert NJW 53/806 f. und Fischer NJW 55/849 ff.

2) BGHZ 13/320 (322) = LM Nr. 3 zu § 11 GmbHG

3) Für diese Grundsätze z.B. Geßler-Hefermehl § 105 Anm. 62; Kuhn JR 51/513; Hueck OHG S. 69; RGRK § 105 Anm. 73; Fischer NJW 55/849

4) Hueck, Gesellschaftsrecht S. 61; ders. OHG S. 56; Gierke a.a.O. S. 190

sellschaft vorliegt, ist eben ein rechtlich anerkanntes Institut gegeben und keine "nichtige Gesellschaft"¹⁾. Das hat auch zur Folge, daß bösgläubige Dritte, also Dritte, die den Mangel im Gesellschaftsvertrag gekannt haben, sich auf die faktische Gesellschaft berufen können; denn wenn schon im Innenverhältnis der faktische Zustand rechtserheblich ist, dann erst recht nach außen²⁾. Diese Konsequenzen werden, von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen, auch von den französischen Gerichten gezogen. Insbesondere wurde ein Gesellschafter auch nach Geltendmachung der Nichtigkeit der Gesellschaft zur Einzahlung seiner Einlage verurteilt, um eine gerechte Liquidation durchführen zu können.

Eine vom deutschen Recht verschiedene Regelung hat die Behandlung der Gläubiger der Gesellschaft und der Gesellschafter in der französischen Rechtsprechung gefunden. Insofern kann auf die Ausführungen im ersten Hauptteil verwiesen werden³⁾. In Deutschland gibt man den einzelnen Gläubigern keine Wahlmöglichkeit, wonach sie die Gesellschaft entweder für bestehend oder für nicht bestehend ansehen können. Wenn ein Gesellschaftsverhältnis die Voraussetzungen der faktischen Gesellschaft erfüllt, dann ist sie faktische Gesellschaft mit allen Vor- und Nachteilen für sie und Dritte⁴⁾, so daß auch der Privatgläubiger eines Gesellschafters nur das Auseinandersetzungsguthaben seines Schuldners pfänden kann⁵⁾. Diese Ansicht ist aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit der im französischen Recht üblichen Wahlbefugnis der Gläubiger vorzuziehen. Sie trägt auch dem Grundgedanken der faktischen Gesellschaft, nämlich der möglichst vollständigen Anerkennung der geschaffenen Tatsachen, in besserem Maße Rechnung.

1) Baumbach-Duden § 105 Anm. 8 G; RGRK § 105 Anm. 73

2) Hueck-Gesellschaftsrecht S. 60; Baumbach-Duden § 105 Anm. 8 G

3) S.o. 1. Hauptteil, 3. Kap. § 3

4) Hueck OHG S. 49; Baumbach-Duden § 105 Anm. 8 G

5) Kuhn in JR 51/513

Abschließend ist zu sagen, daß die gleiche Grenze, die hinsichtlich der Anerkennung der faktischen Gesellschaft besteht, nämlich das Nichtentgegenstehen gewichtiger Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen, auch für die Anwendung einzelner Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages auf das im Rechtsverkehr entstandene faktische Gebilde gilt¹⁾, und die ganzen Vereinbarungen daraufhin zu prüfen sind, so wie die französischen Gerichte solchen Vertragsklauseln die Anerkennung versagen, in denen gerade der Grund für die Nichtigkeit der Gesellschaft liegt, bzw. deren Anerkennung einen Verstoß gegen den *ordre public* darstellen würde.

1) In diesem Sinne Hueck, Gesellschaftsrecht S.61 und Baumbach-Duden § 105 Anm. 8 F.

Lebenslauf

Am 12. April 1930 wurde ich, Wolfgang Ruß, in Mengen/Donau als Sohn der Friseurmeisterseheleute Franz Ruß und Johanna, geb. Brünz, geboren. In Mengen besuchte ich auch vom 1.4.1937 ab die Volksschule und vom Herbst 1941 an die Oberschule. Von der 7. Klasse an (1946) besuchte ich das Gymnasium in Sigmaringen, wo ich am 8.7.1949 im realistischen Zug die Reifeprüfung ablegte. Darauf studierte ich an der Universität Freiburg i.Br. zwei Semester Physik, Mathematik und Chemie und vom Wintersemester 1950/51 an Rechtswissenschaft. Mein viertes juristisches Semester (SS 1952) belegte ich an der Universität Heidelberg. Vom Wintersemester 1952/53 an studierte ich wieder in Freiburg, wo ich im Sommer 1954 die erste juristische Staatsprüfung ablegte. Seit 1.10.1954 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg. In dieser Zeit habe ich meine Dissertation über "Die faktische Gesellschaft in der französischen Rechtsprechung" angefertigt.

